This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;
J. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VI

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1877

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc, NS-6 Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc, NS-6 Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

490 H

Digitized by Google

PARIS — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;
C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VI

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1877

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL.

ALLUMETTES CHIMIQUES. — FABRIQUES NON AUTORISÉES. DROIT A L'EXPROPRIATION.

Par M. H. Lespinasse, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

La loi du 3 juillet 1872 a réservé exclusivement à l'État la fabrication des allumettes chimiques et a prescrit l'expropriation des fabriques existantes, et la fixation par le jury de l'indemnité due aux industriels dépossédés.

On sait que, d'après les décrets du 15 octobre 1810 et du 31 décembre 1866, les ateliers où se confectionnent les allumettes chimiques, étant réputés insalubres, ne peuvent être établis sans une autorisation administrative.

La loi de 1872 a-t-elle entendu déroger à cette condition d'existence légale et concéder le droit à l'expropriation même aux fabricants non autorisés?

Telle est la question qui divise les Cours d'appel et sur laquelle la Cour de cassation sera inévitablement appelée à se prononcer bientôt.

Rappelons d'abord les termes de la disposition qu'il s'agit d'interpréter.

L'article 3 de la loi de 1872 porte :

« Les fabriques actuellement existantes seront expropriées « dans la forme et les conditions déterminées par la loi du « 3 mai 1841. »

Toute la difficulté consiste à savoir ce que signifient les mots *fabriques actuellement existantes.*

Digitized by Google

Si l'on s'en réfère aux principes généraux du droit, on est obligé de reconnaître que tout acte contraire aux prescriptions du législateur est *comme non avenu*, et qu'on ne peut avoir à s'en occuper que pour le réprimer si des peines ont été édictées comme sanction de la prohibition.

L'article 1117 du Code civil distingue expressément les actes simplement annulables de ceux qui sont nuls de plein droit, parce qu'ils violent des lois prohibitives, et la doctrine aussi bien que la jurisprudence qualifie unanimement ces derniers d'actes *non existants*.

Cet aperçu suffirait peut-être pour montrer que lorsque le législateur a parlé d'*entreprises existantes*, il n'a pu avoir en vue que les établissements ayant une *existence conforme aux règlements en vigueur*.

Il nous est difficile de comprendre la proposition suivante qui se trouve dans l'un des arrêts opposés à notre opinion : « *Les principes généraux n'ont rien à voir en cette occurrence.* »

Nous pensons au contraire que ces principes peuvent très-utilement être appelés en aide pour résoudre les difficultés d'interprétation que peuvent présenter les lois spéciales.

Mais les motifs d'induction tirés des matières les plus analogues à celle qui nous occupe, ne nous font point défaut.

La loi du 16 septembre 1807 autorisait l'administration à supprimer les usines qui feraient obstacle à l'accomplissement de certains travaux publics ; elle accordait en même temps une indemnité aux propriétaires dépossédés, mais en déclarant qu'il y aurait lieu d'examiner au préalable si ces usines avaient une *existence légale*.

Cette réserve n'était pas une précaution exceptionnelle prise dans un cas particulier ; elle découlait des principes les plus certains de notre droit public, comme l'ont décidé la Cour de cassation le 24 mai 1855, et le Conseil d'État le 13 juin de la même année.

Un autre précédent plus explicite encore vient fixer le sens qu'on doit attribuer aux termes dont s'est servi le législateur de 1872.

La loi du 1er mai 1822 supprima la distillation des eaux-de-vie et des esprits dans l'intérieur de Paris, en promettant une indemnité aux établissements de cette nature *actuellement existants*.

Digitized by Google

C'était identiquement la même formule qui a été employée en 1872 pour les fabriques d'allumettes chimiques.

Comment ces mots : *actuellement existants*, ont ils été entendus jusqu'à ce jour par la jurisprudence?

Un avis du Conseil d'État du 15 mai 1874 porte expressément que les *fabriques autorisées sont seules appelées à profiter de l'indemnité.*

Voilà donc la signification vraie de cette locution donnée par la plus haute autorité administrative d'après les principes généraux du droit et les précédents; il est peu vraisemblable que la Cour suprême en adopte une différente.

Plusieurs arrêts émanés de sa haute sagesse permettent, d'ailleurs, de prévoir à quel parti elle s'arrêtera, sur la question même que nous discutons.

On avait essayé de soutenir que la loi de 1871, en assujettissant les fabriques d'allumettes à l'impôt, les avait affranchies *implicitement* de l'autorisation préalable, et que les fabricants exacts à payer les droits de patente et de licence étaient à l'abri de toute recherche.

Ce système était condamné d'avance par la jurisprudence la mieux établie en matière de débits de boissons.

Les débitants avaient également allégué qu'en recevant de leurs mains les contributions indirectes dont ils étaient tenus, l'État régularisait leur position et les dispensait de l'autorisation exigée par la loi de 1851.

Une jurisprudence unanime a repoussé cette étrange théorie ; elle a invariablement condamné les débitants aux peines correctionnelles, malgré le payement des taxes que l'administration réclamait d'eux.

Il en a été de même pour les allumettes chimiques.

La Cour suprême par un arrêt du 21 août 1874 (S., 75, 1,484) a solennellement jugé que l'autorisation administrative était par sa nature, son but et ses effets, entièrement distincte des obligations fiscales, et que l'acquittement de ces dernières ne dispensait pas l'industriel d'obtenir, avant tout, la permission d'ouvrir ses ateliers; que, par suite, le *fabricant non autorisé* devait, malgré l'assujettissement à l'impôt, être *condamné à l'amende* et *cesser son industrie.*

Les conséquences de cette décision se présentent d'elles-mêmes à l'esprit.

Digitized by Google

Si l'État peut faire condamner à une réparation pécuniaire les fabricants qui étaient en exercice en 1872 et qui payaient régulièrement l'impôt, comment se pourrait-il qu'il fût obligé de les indemniser lui-même de la perte qu'ils ont éprouvée en cessant de commettre un délit?

Cette contradiction serait si choquante qu'elle suffirait seule pour faire repousser le système qui la produit.

Mais il faut faire un pas de plus et montrer que ce système aboutirait à l'absurde.

Si les *fabriques actuellement existantes* signifient *toutes celles* qui *étaient en exercice* en 1872, on essayerait vainement d'en restreindre le nombre à celles qui acquittaient l'impôt.

Cette circonstance est indifférente; nous venons de le prouver par l'arrêt de la Cour suprême.

La seule chose à considérer *serait l'exercice réel de l'industrie au moment où la loi a été promulguée;* mais alors il faudrait comprendre parmi les indemnitaires cette multitude de producteurs clandestins dont le travail était si funeste aux fabricants autorisés qu'ils étaient près, disait le rapporteur de la loi, de fermer leurs usines par suite des pertes dont les grevait une concurrence déloyale.

Si l'on est tenté de se récrier contre cette extension exorbitante, qu'on veuille bien remarquer qu'elle découle nécessairement du sens que l'on veut donner aux mots *fabriques existantes.*

Ce ne sont pas les *fabriques payant l'impôt;* la loi ne le dit pas et la Cour suprême a déclaré cette circonstance insignifiante.

Il faudrait dans cette hypothèse s'attacher uniquement à l'*exercice réel* de l'*industrie prohibée;* or les fabricants clandestins n'étaient pas moins actifs que les autres, ils l'étaient même beaucoup trop d'après les renseignements fournis à l'Assemblée nationale.

Il ne reste donc qu'un seul moyen d'établir une distinction rationnelle entre toutes les *fabriques en exercice* au *moment de la loi:* c'est d'accueillir uniquement celles qui avaient à cette époque une *existence légale* et d'écarter toutes les autres, soit *qu'elles payassent impôt*, soit qu'elles ne le payassent pas.

Une autre objection s'appuie sur un passage du rapport

Digitized by Google

fait à l'Assemblée nationale, où il est parlé d'un nombre fixe de fabricants à indemniser, parmi lesquels figuraient probablement un certain nombre d'industriels dépourvus d'autorisation.

On peut répondre d'abord que le rapport ne peut avoir la puissance de modifier la loi. On peut ajouter qu'ayant l'intention d'offrir amiablement une indemnité aux fabricants, *même non autorisés lorsque les circonstances le comporteraient*, on était obligé de demander un crédit assez étendu pour faire face à cette dépense. Mais, en définitive, il faut en revenir à notre texte et l'interpréter d'après les principes généraux et les lois analogues antérieures. Or, ces principes ne permettent pas une explication différente de celle que nous proposons.

Les offres amiables faites par l'administration ont servi de base à un argument qui a dû paraître plein de force, puisqu'il est répété par tous nos contradicteurs. On a prétendu qu'en faisant ces offres, l'État avait reconnu le droit des fabricants non autorisés à une indemnité.

Il est assez étrange de voir convertir en une reconnaissance de dette, une proposition qui dénie en termes formels tout droit de créance à ceux à qui elle s'adresse. D'un autre côté, alors même que l'État se serait trompé sur l'étendue de ses obligations, ne serait-il pas admissible à faire redresser son erreur en rendant à la loi son sens véritable ?

L'article 1354 du Code civil, relatif à l'aveu, ne saurait recevoir ici aucune application. De plus, la loi de 1841 veut que l'État, même après avoir fait des offres non acceptées, puisse faire juger par les tribunaux compétents la question de savoir s'il y avait lieu à expropriation. Donc ces offres ne préjugent rien.

L'administration aurait-elle en les faisant outre-passé son droit ? C'est une question qui échappe à la compétence des tribunaux ordinaires et que les corps politiques pourraient seuls apprécier.

Enfin on fait valoir le grand principe de la liberté du travail proclamé par l'Assemblée constituante dans la loi du 2-17 mars 1791. Mais on oublie que cette loi réserve elle-même à l'État un droit de police qui peut, avec la sanction des pouvoirs publics, aller jusqu'à la suppression de telle ou telle

Digitized by Google

industrie. C'est ainsi que pour des motifs d'ordres très-divers, tantôt pour cause de sûreté ou de salubrité publiques, tantôt dans un intérêt purement fiscal, des restrictions nombreuses ont été apportées à diverses époques à la liberté du travail. On peut citer, notamment, comme soumises à des prohibitions totales ou partielles, la vente des substances vénéneuses et du pétrole, les postes et les télégraphes, l'exercice de certaines professions, et pour ne citer que des règlements analogues à celui qui nous occupe : le monopole des poudres et du tabac. Nous devons ajouter que toujours on a considéré les individus ainsi privés de leur profession comme n'ayant aucun droit à une indemnité. La loi de 1835, qui supprimait les tabacs factices, en est une preuve sans réplique.

Il a fallu un texte formel dans la loi de 1872 pour donner naissance à ce droit, et par conséquent cette disposition tout exceptionnelle doit être renfermée dans les plus étroites limites.

Ces considérations répondent suffisamment à l'argument tiré de ce que le fabricant interdit ne perd pas seulement son établissement actuel, mais encore le droit d'en créer un nouveau. Un tel droit, dit-on, est inadmissible, et, si on le supprime, on doit le payer.

Cette proposition est absolument fausse, et il est facile de le montrer. Nous venons de prouver que le *droit acquis*, *le droit en exercice*, peut être perdu sans indemnité si le législateur ne l'a réservé expressément. A plus forte raison en est-il de même de la simple faculté qui, d'après la doctrine et la jurisprudence, n'est jamais une cause de dédommagement (Demol., t. Ier, n° 45). Or, dans l'espèce actuelle, après la suppression d'une industrie irrégulièrement exercée, que resterait-il au fabricant? La faculté de demander à s'établir ailleurs; mais cette faculté, ne constituant pas un droit acquis, ne pourrait justifier la demande d'un dédommagement.

H. LESPINASSE.

Digitized by Google

COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE.

APPRÉCIATION DE MARCHANDISES PRÉTÉNDUES CÉDÉES A L'ÉTAT.

Par M. H. Lespinasse, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

Un fabricant d'allumettes chimiques (ils reviennent souvent devant les tribunaux depuis quelques années) avait été exproprié par suite du monopole que la loi de 1872 a conféré à l'État. L'usine et le matériel n'avaient reçu du jury qu'une évaluation modérée, mais la prohibition de continuer l'exploitation avait été estimée 264,000 francs, ce qui portait l'indemnité totale à près de 400,000 francs. C'était pour un industriel dont la position avait été jusque-là très-modeste une véritable fortune; les chances les plus heureuses ne lui auraient probablement jamais procuré un semblable avantage, car s'il eût gagné beaucoup, la concurrence, conformément à une loi économique invariable, aurait bientôt diminué ses profits. Il était même douteux qu'en ce moment il réalisât des bénéfices, puisque les fabriques les mieux établies menaçaient de se fermer, ne pouvant supporter la charge que faisait peser sur elles l'impôt de 1871.

Inutile de dire que pour faire déterminer par le jury l'indemnité relative à la fermeture de son atelier, l'exproprié n'avait pas manqué de porter en ligne de compte les approvisionnements déjà faits et les produits confectionnés, dont il ne pourrait se débarrasser qu'à vil prix. Cependant quand il eut touché les 400,000 francs dont on le gratifiait, il éleva la prétention de forcer l'État à prendre au prix de facture toutes les marchandises. Il se faisait même un mérite de ne pas réclamer davantage.

Il fondait sa demande sur des motifs très-divers: un dédommagement lui était dû, disait-il, soit comme conséquence de l'expropriation, soit comme préjudice à réparer en vertu de l'article 1382 du Code civil; enfin, s'il n'avait pas droit à une indemnité proprement dite, c'était le prix de ses marchandises que l'administration avait à lui payer par suite d'un marché passé entre elle et lui; comme preuve de ce traité, il produisait un inventaire des approvisionnements de l'usine dressé par un inspecteur et por-

Digitized by Google

tant, d'une part les prix de fabrique, de l'autre l'estimation faite par lui-même. Il invoquait encore un cahier des charges par lequel l'administration imposait aux entrepreneurs à qui elle voulait céder l'exploitation du monopole, l'obligation de recevoir au prix coûtant les approvisionnements qu'elle aurait elle-même acquis. Enfin il citait une instruction du directeur général des contributions indirectes portant que dans le cas où l'on traiterait de gré à gré avec les fabricants, on devrait leur acheter aussi les approvisionnements dont ils se trouveraient détenteurs. La circulaire ajoutait que les industriels demeuraient toujours libres de préférer l'expropriation.

Pour faire consacrer ces prétentions étranges, l'exproprié avait assigné l'État devant le tribunal civil. L'État qui n'avait aucun intérêt à refuser d'acheter, pourvu que le prix ne dépassât pas la valeur actuelle des marchandises, et qui avait pleine confiauce dans l'appréciation qu'en feraient les juges ordinaires, n'avait point décliné leur juridiction. Mais le tribunal, après un mûr examen, pensa que l'affaire n'était pas de sa compétence, et renvoya d'office les parties à se pourvoir comme elles aviseraient.

Cette décision était-elle fondée? Il ne nous semble pas que l'affirmative puisse souffrir le moindre doute. On l'attaquait par des moyens qui se contredisaient l'un l'autre et qui étaient tous également dépourvus de solidité.

On disait d'abord : « Les tribunaux civils sont les juges naturels des questions de propriété; il faut, pour les en dessaisir, des textes formels qui ne se trouvent nulle part pour le cas qui nous occupe. » On se trompait; ces textes existent et ils interdisent aux tribunaux civils la connaissance de semblables litiges, à quelque point de vue qu'on veuille les envisager.

Voudrait-on voir dans la demande du fabricant une revendication d'indemnité comme suite de l'expropriation? La loi de 1841 a réservé au jury le droit de fixer le dédommagement, soit pour la dépossession matérielle, soit pour les conséquences préjudiciables qu'elle peut entraîner, et dans l'espèce, la dépréciation des approvisionnements avait été sans aucun doute un des éléments de l'allocation relative à la perte de l'industrie.

Digitized by Google

Obliger à nouveau l'État à compter le *prix total de ces objets* quand il en avait déjà payé une partie à *titre de dépréciation*, c'était mettre à sa charge un double emploi évident. Entendait-on demander au tribunal une indemnité contre l'administration, en vertu de l'article 1382 du Code civil? La prétention n'était pas soutenable.

La jurisprudence constante du Conseil d'État, confirmée par un récent arrêt du tribunal des conflits, ne permet plus de continuer la controverse à cet égard (trib. des conflits, 8 février 1873, affaire Blanco).

Aurait-on préféré considérer les marchandises en elles-mêmes sans les rattacher à l'usine? Les tribunaux ordinaires auraient encore été incompétents pour déterminer la diminution de valeur qu'elles auraient subie.

Avant 1833 et 1841, c'était l'administration qui seule fixait toutes les indemnités mobilières ou immobilières dues aux expropriés.

Les lois rendues à ces deux époques n'ont transporté au jury que l'appréciation des immeubles; elles ont donc laissé à l'administration le droit exclusif de déterminer les réparations dues pour pertes mobilières.

En somme, comme suite de l'expropriation, le fabricant ne pouvait rien réclamer devant les tribunaux civils, parce que le jury seul est investi du droit de statuer en cette matière, et parce qu'en réalité ce dédommagement avait dû être compris dans la somme allouée pour privation de sa profession. Si par hasard l'exproprié avait omis d'en parler, son inconcevable oubli était irréparable.

Enfin, en supposant qu'il fût admissible à demander encore quelque chose, c'était à l'administration qu'il aurait dû s'adresser, puisqu'il s'agissait d'un préjudice purement mobilier.

Un autre point de vue avait paru plus favorable aux intérêts de l'exproprié. On disait: Les contrats civils passés entre l'État et les particuliers sont de la compétence des tribunaux ordinaires, alors même qu'ils auraient été revêtus des formes administratives; or, il y a dans l'espèce un véritable contrat liant l'administration; l'État a acheté des marchandises, et ce marché ne peut être interprété et jugé que par les tribunaux ordinaires. La Cour de cassation a plusieurs fois décidé que

Digitized by Google

l'État *acheteur d'immeubles* était obligé de subir la juridiction des tribunaux civils pour les difficultés dont ces traités pouvaient être la source.

Cette jurisprudence est irréprochable, mais il ne s'agissait pas ici d'immeubles ; il était question de marchandises achetées par l'État pour l'exploitation de l'un de ses monopoles. C'est là un véritable *marché de fournitures* qui doit être liquidé par le ministre dont le département a profité des livraisons et qui doit être jugé en dernier ressort par le Conseil d'État.

Si l'on doutait de l'exactitude de notre affirmation parce que le prétendu achat ne portait ni sur *des effets d'équipement, ni sur des vivres pour les troupes*, on n'aurait qu'à lire le décret de 1806, qui règle le mode suivant lequel les marchés de fournitures doivent être conclus, et l'ordonnance du 4 décembre 1836 qui, dérogeant à la règle générale de la concurrence et de la publicité, indique les choses pour lesquelles le ministre peut traiter de gré à gré avec les particuliers. Au nombre de ces objets figurent les matières premières destinées à alimenter les monopoles de l'État : telles que les tabacs et les salpêtres. L'occasion s'est présentée d'appliquer ces dispositions, et le Conseil d'État, par un arrêt du 14 janvier 1812, a renvoyé les particuliers qui avaient vendu à l'État des marchandises de ce genre, à se pourvoir devant l'autorité administrative.

Indépendamment de cet aspect de la question qui nous semble à l'abri de toute controverse, et alors même qu'il ne s'agirait pas d'un marché de fournitures, il faudrait, pour que l'État pût être justiciable des tribunaux ordinaires, que le *contrat civil*, fondement de l'action dirigée contre lui, fût rapporté ; car s'il suffisait d'alléguer un traité sans le produire, l'État demeurerait exposé à débattre chaque jour, devant l'autorité judiciaire, de chimériques engagements. La règle générale rappelée dans le décret de 1862, est que l'État ne peut être *déclaré débiteur* par les tribunaux civils, et qu'on ne peut l'y assigner en payement à moins qu'on ne prouve dès l'abord qu'on se trouve dans un cas exceptionnel. Il faut donc que le demandeur exhibe, dès le seuil du procès, le *titre* en vertu duquel il a saisi une juridiction anormale ; qu'il mette sous les yeux des juges le contrat souscrit

Digitized by Google

par l'État. Ce n'est pas le fond du litige qu'on aborde ainsi, c'est la condition première de l'introduction de l'instance qu'on remplit; cette condition manquant, le tribunal est obligé de s'abstenir.

Où est dans l'espèce l'instrument contenant la convention attribuée à l'État? Il n'y en a pas l'ombre. Les circulaires des administrations publiques concernent uniquement les règles de conduite tracées par les chefs à leurs subordonnés, mais ne donnent aux tiers aucun droit d'en réclamer l'application *par la voie contentieuse*, tant qu'on ne s'est pas engagé spécialement vis-à-vis d'eux.

Le moyen est d'autant plus mal imaginé dans notre espèce, que les instructions citées distinguent soigneusement les traités amiables de l'expropriation, et ne prescrivent l'achat des matières premières que pour les marchés de gré à gré; or, il s'agissait ici d'une expropriation.

Le cahier des charges qui avait imposé aux concessionnaires du monopole l'obligation de prendre les marchandises que l'administration aurait elle-même achetées ne fournissait pas au fabricant un moyen plus sérieux. L'État a dit aux entrepreneurs : « Si j'ai déjà acquis des marchandises, quand vous me succéderez, vous vous en chargerez au prix coûtant. » Cela peut-il signifier que l'État s'obligeait à se rendre acquéreur de toutes les marchandises contenues dans les usines expropriées et spécialement celles du réclamant?

Enfin, l'inventaire dressé par l'agent de l'administration, pouvait tout au plus être l'indice d'un projet d'achat, mais il n'était certainement pas un marché définitif, car il ne portait ni promesse d'acquérir, ni fixation du prix, ni convention de s'en rapporter à des experts : on ne pouvait donc y voir qu'un état des lieux destiné à préparer des résolutions ultérieures. L'exproprié oubliait surtout que pour un marché destiné à lier l'État, il ne suffit pas d'une délégation donnée à un agent administratif, ni d'une promesse faite par celui-ci, mais que le traité n'a d'existence légale qu'après avoir été formellement approuvé par le ministre.

Ainsi, le tribunal civil était incompétent parce qu'il s'agissait d'*un marché de fournitures faites* à l'État.

Il l'était encore parce que, en règle générale, *les tribunaux civils ne peuvent déclarer l'État débiteur à moins qu'on ne leur*

Digitized by Google

représente un contrat civil souscrit par les représentants de l'administration, et, dans l'espèce, non-seulement il n'y avait pas de traité semblable, mais il était moralement impossible que l'État, déjà condamné à payer la dépréciation des marchandises à titre de privation d'industrie, eût consenti à payer une seconde fois la même dépréciation en payant intégralement le montant des factures produites.

H. LESPINASSE.

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul Bernard, conseiller à la Cour de Dijon.

(Deuxième partie.)[1]

I

1. La première question que soulève l'application du décret du 19 septembre 1870 est celle de savoir s'il doit avoir un effet rétroactif et si l'on peut poursuivre, sans l'autorisation préalable du Conseil d'État, les agents du gouvernement à raison de faits antérieurs à la promulgation du décret.

L'article 2 du Code civil a posé en principe général que la loi ne dispose que pour l'avenir, c'est-à-dire qu'elle n'a point d'effet rétroactif. Les rédacteurs du décret du 19 septembre 1870, si leur pensée était d'enlever aux fonctionnaires public le bénéfice de l'autorisation préalable qu'ils avaient le droit d'espérer pour les actes antérieurs à la promulgation de cet acte législatif, auraient dû en conséquence l'exprimer par une disposition formelle.

Nous démontrerons ultérieurement que la garantie constitutionnelle avait été établie dans l'intérêt de l'État plutôt que dans celui des fonctionnaires publics. Toutefois les décisions du Conseil d'État avaient donné à cette institution une telle extension dans le sens de la protection de la personne des agents que son véritable caractère avait été obli-

[1] V. *Revue critique*, août, p. 515, et septembre-octobre, 1876, p. 590.

Digitized by Google

téré. Aussi ne manquait-il pas de jurisconsultes pour soutenir que cette sauvegarde de la personne du fonctionnaire public constituait un privilége personnel. La conséquence qu'il en faudrait tirer, c'est que les garantis n'avaient accepté la responsabilité qui découle de leurs fonctions que sous la condition expresse de la protection spéciale qui leur était promise par la loi sous l'empire de laquelle ils avaient été investis d'un mandat public; qu'ils avaient été partie contractante à un pacte légal par lequel l'État les avait assurés contre les actions téméraires et hostiles dictées par les passions politiques ou les rancunes privées; qu'il y avait donc pour eux un droit acquis jusqu'à la promulgation d'une loi nouvelle dont l'effet était de détruire les garanties sur la foi desquelles ils avaient contracté; que ce qui était vrai pour les fonctionnaires salariés, l'était à plus forte raison pour ceux dont le mandat était purement gratuit, car la considération qu'ils seraient couverts dans tous leurs actes par l'autorité supérieure, avait pu les déterminer plus particulièrement à se dévouer à la chose publique. Or, voilà qu'une révolution renverse le souverain et sa Constitution et le même vent qui disperse les débris du trône balaye des catégories entières de fonctionnaires publics. Les uns sont chassés violemment par les révolutionnaires, car il faut que les premiers occupants se créent des titres par leur audace; ceux-ci sont révoqués, ceux-là résignent leur mandat. Tous sont signalés à la haine des gouvernés par la proscription qui les atteint dans leurs fonctions, quelques-uns même par des mesures violentes d'arrestation et d'incarcération. Il y a dans ces démonstrations qui partent tantôt d'en haut, tantôt d'en bas, des encouragements multiples pour ceux qui voudraient intenter des poursuites en responsabilité contre les fonctionnaires marqués de la tache originelle. Or, est-il possible d'admettre que les conditions auxquelles leur responsabilité pouvait être mise en jeu, soient tout à coup changées pour les actes qu'ils ont accomplis dans le passé? Que la protection s'évanouisse au mépris de toutes les promesses tant que dure la tourmente révolutionnaire, on le comprend. Mais lorsque les lois reprennent leur empire absolu, y a-t-il un intérêt social tellement engagé à l'application de la loi nouvelle qu'on ne puisse laisser l'ancienne régir les faits ac-

Digitized by Google

complis sous son autorité tutélaire? Pourquoi atteindre une Constitution dans l'existence légale qu'elle a parcourue? Peut-on empêcher que le passé n'ait pas été ce qu'il a été légalement!

La question nous paraît des plus délicates. Peut-être serait-elle d'une solution plus facile si le Conseil d'État n'avait pas imprimé à la garantie constitutionnelle une déviation marquée. L'interprétation légale résultant de cette déviation a formé comme une modification du pacte fait avec les fonctionnaires. Il semble même que le *caractère mixte* de *garantie réelle* et de *garantie personnelle* que revêtait l'autorisation préalable telle que la faisait apparaître à tous les yeux la jurisprudence du Conseil d'État, ait été reconnu et sanctionné par le décret du 19 septembre 1870. En abrogeant l'article 75, le nouveau législateur prenait en effet l'engagement solennel de remplacer *la garantie personnelle* résultant de l'autorisation préalable par une protection d'une autre nature. L'article 2 porte : « Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires. »

On ne peut donc nier qu'il résultât de l'autorisation préalable une garantie personnelle en faveur du fonctionnaire public, par cela seul que sa personne était forcément protégée toutes les fois que l'acte administratif qu'on lui reprochait était déclaré régulier et que l'autorité administrative répondait par un refus à la demande d'autorisation de poursuivre. Partant il eût été équitable et juridique de repousser la rétroactivité du décret. Le principe de l'égalité entre les fonctionnaires n'eût pas été violé puisque chacun d'eux eût été traité suivant la loi qui avait présidé à son investiture.

2. La Cour de cassation a adopté une solution rigoureuse. Se reportant à un arrêt du 31 mars 1864 dans lequel elle posait en principe absolu que la garantie de l'article 75 dérivait du principe fondamental de la séparation des pouvoirs et avait pour objet de protéger *non la personne* inculpée, mais *l'acte administratif*[1], la Cour suprême a décidé que les fonctionnaires n'avaient pu puiser dans la garantie constitu-

[1] D. P., 1864, 1, 149. (Voir p. 6.)

Digitized by Google

tionnelle aucun droit préexistant au décret abrogatif [1]. Le principe admis par cet arrêt étant considéré comme constant, il serait difficile de contester la conséquence juridique proclamée par la Cour. C'est en effet un point de doctrine hors de toute controverse que les lois politiques ne sont pas soumises au principe de la non rétroactivité; or l'abolition de la garantie constitutionnelle a certainement le caractère d'une loi politique; car elle a pour effet de rendre à la généralité des citoyens un droit dont ils étaient privés.

II

3. Quels sont les droits que le décret abrogatif des dispositions de l'article 75 confère soit au ministère public soit aux citoyens en ce qui concerne l'exercice des actions judiciaires auxquelles peuvent donner lieu les actes des fonctionnaires publics? Cette question n'en est point une. En général, sauf certaines exceptions que nous examinerons au paragraphe V, les fonctionnaires publics sont replacés sous l'empire des règles de droit commun. Ainsi les faits reprochés aux fonctionnaires sont-ils prévus par la loi pénale, le ministère public en suit la répression devant la juridiction de grand criminel et le tribunal correctionnel sans être astreint, comme par le passé, à demander une autoritation préalable. Jadis le juge d'instruction procédait à une information préliminaire qui permettait au Conseil d'État d'apprécier s'il devait accorder l'autorisation; il ne pouvait même au cas de flagrant délit, suivant quelques auteurs, considérer l'agent incriminé comme inculpé; il ne pouvait décerner contre lui aucun mandat, ni lui faire subir aucun interrogatoire. Cette inviolabilité a cessé. Le magistrat est remis en possession de toutes les armes que la loi lui donne pour découvrir la vérité et il n'est plus soumis aux dispositions des articles 127 et 129 du Code pénal.

Si le ministère public reste dans l'inaction, les particuliers peuvent librement prendre la voie civile ou la voie criminelle en se conformant dans ce cas aux conditions prescrites

[1] Ch. civ., 22 avril 184, D. P., 75, 1, 4374.

Digitized by Google

par les articles 145, 182, 63, 66, 67, 135 et 217 du Code d'instruction criminelle [1].

III

4. Quels sont les droits que confère aux juridictions de jugement le décret du 19 septembre 1870? A-t-il maintenu ou élargi les limites primitives de leur compétence? Telle est la seconde question, celle-ci complexe et délicate, que l'application du décret abrogatif de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII a soulevée. En faisant cette brève proclamation que désormais la garantie constitutionnelle ne servirait plus à exonérer les fonctionnaires publics de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile de droit commun, les membres du gouvernement de la Défense nationale n'avaient peut-être même pas entrevu les difficultés qui naîtraient de la conciliation du principe de liberté avec celui de la séparation des pouvoirs. Ces difficultés ont surgi dans la première action en responsabilité intentée depuis la promulgation du décret, et depuis cette époque, la plupart des fonctionnaires poursuivis par des citoyens, se prétendant lésés par leurs actes, ont unanimement invoqué la protection administrative (L. des 22 déc. 1789, sect. 3. art. 7; L. des 16-24 août 1790, titre II, art. 13, et L. du 16 fructidor an III).

Il semble au premier abord qu'un conflit très-sérieux existe entre l'administration et les tribunaux judiciaires, et que des deux côtés on soit entraîné à donner à la suppression de l'autorisation préalable à la poursuite des fonctionnaires publics des conséquences exagérées et absolues. Il était difficile que les tendances administratives et judiciaires ne se manifestassent pas à propos d'une disposition qui, par la généralité de ses termes, semble vouloir agrandir le domaine judiciaire, en même temps qu'elle est de nature à inspirer des regrets à l'administration qu'elle dépossède de certains priviléges. Les premières décisions intervenues ainsi que les procédures qui les ont préparées reflètent peut-être,

[1] Voir *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1870, un travail de M. Molinier sur l'*Abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an V*, p. 376 et suiv.

Digitized by Google

dans quelques-unes de leurs nuances, la divergence des préoccupations, mais en y regardant de près, celle-ci paraît devoir être de courte durée. Nous avons la conviction que la conciliation est déjà faite entre les droits respectifs des deux pouvoirs, parce que chacun d'eux veut rester dans ses attributions. L'autorité judiciaire ne veut pas, sous prétexte de protéger les citoyens contre des illégalités, entreprendre sur les prérogatives légitimes de l'administration, et celle-ci est éloignée de la pensée de soustraire systématiquement les actes de ses agents à l'appréciation des tribunaux, dans le but de faire revivre la garantie constitutionnelle sous l'étiquette de la séparation des pouvoirs.

5. On est d'accord sur le point suivant: autrefois la garantie constitutionnelle, par cela seul qu'elle devait s'appliquer aux faits relatifs aux fonctions, comprenait non-seulement les actes se rapportant à un objet d'administration, mais encore ceux qui avaient été commis ou ordonnés à *l'occasion de l'exercice de la fonction*. Tout le monde reconnaît que désormais l'examen du pouvoir judiciaire pourra porter librement sur cette dernière catégorie de faits sans crainte d'empiéter sur le domaine de l'administration. Il y a donc là une véritable conquête ou une restitution au profit des tribunaux judiciaires.

6. Cette conséquence assurément très-importante de l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII justifie, à elle seule, la déclaration faite par la Cour de cassation (arrêt rendu par la chambre des requêtes dans l'affaire Meyère, le 3 juin 1872)[1]; que l'autorité judiciaire a le droit de qualifier et d'apprécier les actes faits par les fonctionnaires publics. Mais on a donné à cette déclaration de principe, trop générale dans la forme qu'elle revêt, nous le reconnaissons, une interprétation qui va au delà de la pensée de la Cour suprême. On a cru que celle-ci déniait radicalement à l'administration le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit lorsque tels faits imputés aux fonctionnaires constitueraient des actes administratifs proprement dits, dont le sens ou la légalité seraient en question[2]. Il est vrai que dans des

[1] Dalloz, 1872, 1, 385.

[2] Réquisitoire de M. David, affaire Pelletier contre le général de Lamirault, D. P., 1874, 3, 5.

Digitized by Google

conclusions développées devant la chambre criminelle M. l'avocat général Bédarrides aurait exprimé cette pensée que le principe de la séparation des pouvoirs avait été profondément modifié par le décret. « Les lois générales, mentionnées dans l'article 1er du décret sont sans doute, aurait dit l'éminent magistrat, les Constitutions antérieures à celles de l'an VIII, qui défendaient à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans l'administration, de citer des administrateurs à sa barre, à moins de renvoi prononcé par l'autorité supérieure (L. 16-23 août 1790, tit. 2, art. 13; Const. 3-14 sept. 1791, tit. 3, chap. 5, art. 3). Ces textes et bien d'autres avaient consacré le principe de la séparation des pouvoirs, principe essentiel de notre droit public, dont l'article 75 n'a été en l'an VIII qu'une formule plus précise et plus énergique. » On comprend que cette déclaration, émanée d'une si haute autorité et rapprochée des arrêts de la Cour de cassation, ait ému les jurisconsultes et suscité une vive controverse.

Si nous avons bien compris l'arrêt d'où l'on a inféré cette doctrine absolue, la Cour aurait simplement voulu dire que la liberté de l'autorité judiciaire ne sera pas fatalement arrêtée au début de toute instance engagée à fins civiles contre un fonctionnaire public par une question préjudicielle. En d'autres termes, si l'acte dénoncé paraît, au tribunal saisi, constituer une violation flagrante de la loi, sans qu'il soit nécessaire pour faire cette appréciation de prononcer d'office le sursis et de recourir à l'administration, il jugera, car le déclinatoire d'incompétence présenté soit par le fonctionnaire, soit par l'administration, ne doit pas être un moyen de soustraire le fonctionnaire à la juridiction civile. Les droits de l'administration sont d'ailleurs suffisamment protégés par la faculté qui lui est reservée d'élever le conflit d'attribution et de faire reconnaître l'erreur commise par le tribunal. Si, au contraire, l'interprétation de l'acte administratif paraît douteuse au tribunal et si l'illégalité des faits incriminés ne ressort pas avec évidence, il devra surseoir, même d'office, et à plus forte raison si la compétence est déclinée. La Cour de cassation ne veut pas renverser le principe de la séparation des pouvoirs sur lequel repose toute l'organisation politique et administrative de la France. Ce que la Cour veut proscrire, c'est l'exception d'incompétence présentée systé-

Digitized by Google

matiquement par les fonctionnaires poursuivis et ayant pour conséquence l'annihilation du droit rendu aux citoyens de demander librement justice de leurs illégalités.

7. Mais si l'autorité administrative a la prétention d'empêcher les tribunaux d'une manière absolue de connaître des actes administratifs par cela seul que les fonctionnaires poursuivis ont agi administrativement, c'est là que le désaccord commence. En pratique, cette doctrine amènerait cette conséquence que le pouvoir judiciaire ne pourrait juger un fonctionnaire public que lorsque les tribunaux administratifs auraient déclaré *abusif* l'acte dénoncé. Ne serait-ce pas la restitution de la garantie constitutionnelle?

« Le principe de la séparation des pouvoirs, dit M. Cazalens[1], lorsqu'il subsistait dans son intégrité, se composait de deux règles distinctes : l'une principale, qui avait pour objet de protéger les actes de l'administration en interdisant aux tribunaux de s'immiscer dans les matières administratives, et qui constituait ainsi une garantie réelle; l'autre secondaire, qui tendait plus spécialement à couvrir les agents de l'administration en défendant aux tribunaux de les poursuivre à raison de leurs fonctions, et qui constituait une garantie personnelle. A la première correspondait l'institution de la juridiction administrative, ayant pour corollaire le droit d'élever et de juger les conflits d'attribution; *à la seconde l'obligation pour le tribunal saisi de surseoir jusqu'à ce que l'autorisation de poursuivre eût été accordée par le Conseil d'État. Or, qu'a fait le décret du 19 septembre 1870? Il a abrogé l'article 75 et les dispositions de loi tendant au même but; il a supprimé la garantie personnelle,* mais il n'a porté aucune atteinte à la règle qui défendait à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans les matières administratives; il n'a pas touché à la garantie réelle. Le tout est donc de savoir si, pour respecter cette garantie, il suffira que les tribunaux s'abstiennent d'annuler formellement les actes administratifs ou de s'opposer à leur exécution et *s'ils ne devront pas en outre s'interdire d'en apprécier la légalité.* Poser une telle question, c'est la résoudre. Il est en effet de principe certain et de jurisprudence constante, jurisprudence constituée par

[1] Note sur l'arrêt du 3 juin 1872, D., 72, 1, 385.

Digitized by Google

des arrêts rendus dans des espèces ou le débat s'agitait entre de simples particuliers, et où, par conséquent, la disposition de l'article 75 n'était pas intéressée, que les tribunaux civils sont, à moins d'exceptions résultant des lois spéciales, *incompétents pour apprécier la légalité des actes administratifs et même pour les interpréter*. Lors donc qu'un fonctionnaire sera poursuivi soit au civil, soit au criminel, le tribunal saisi aura d'abord à examiner si le fait imputé est un acte administratif au sens qui vient d'être déterminé, et c'est seulement dans le cas où cette question serait résolue affirmativement *qu'il surseoira à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative ait décidé si cet acte est ou non légal*, s'il doit être maintenu ou annulé. »

Arrivant aux conclusions pratiques de son système, M. Cazalens les résume ainsi : « Le Conseil d'État ne s'immiscera plus, comme il le faisait auparavant, *dans l'appréciation judiciaire* du fait imputé, mais il se bornera à vérifier : 1° le caractère administratif de ce fait, car il n'est pas lié à cet égard par la déclaration du juge civil, et 2° sa légalité. » Ce juriste ajoute que ces questions seront soumises, non plus à une section administrative, mais à la section du contentieux, où elles seront instruites et jugées avec toutes les garanties que présente cette excellente juridiction.

Ainsi la question est de savoir si dans tous les procès en responsabilité contre les fonctionnaires publics, l'autorité judiciaire devra, même d'office et sans attendre le déclinatoire de l'administration ou la déclaration de conflit, surseoir par cela seul qu'il s'agira d'apprécier la légalité d'un acte administratif, ou bien si, lorsque l'administration indiquera par son silence qu'elle ne revendique pas la responsabilité de son agent ou bien lorsque, après avoir élevé le déclinatoire, elle ne persistera pas dans son opposition à la compétence du tribunal et n'élèvera pas le conflit d'attribution, l'autorité judiciaire pourra reconnaître les conséquences dommageables d'un acte administratif entaché d'illégalité et dont le sens ne lui paraît pas douteux.

8. Rappelons tout d'abord que la juridiction administrative est exceptionnelle et que toute disposition législative qui diminue le nombre des exceptions à la juridiction de droit commun doit être favorablement accueillie. Or vouloir faire

Digitized by Google

précéder toute action en responsabilité fondée sur un abus de pouvoir d'une décision émanée de l'autorité administrative touchant l'irrégularité de l'acte dommageable, c'est livrer à l'administration elle-même le résultat de l'action. Le rôle du juge civil sera donc limité à l'appréciation du dommage causé lorsque l'administration aura déclaré l'existence de la responsabilité. Le législateur de 1870 a-t-il donc eu cette étrange pensée de conférer à l'administration le jugement de toutes les actions en responsabilité exercées contre ses agents et d'en compliquer la solution d'une double procédure, l'une devant la justice administrative, l'autre devant la justice civile?

9. *A priori* il est permis de ne pas le croire, mais de supposer au contraire qu'il existerait nombre de cas où l'administration, pour se conformer strictement à l'équité, désirerait se désintéresser, du moins par une neutralité expectante, des poursuites exercées contre des agents infidèles ou incapables. Le premier Consul avait pensé que, pour fonder la centralisation administrative telle que la voulait son génie autoritaire, les agents administratifs devaient être exceptionnellement relevés de la responsabilité de droit naturel qui incombe à tout membre du corps social, jusqu'après examen de leurs actes par l'autorité supérieure. Il avait conféré aux fonctionnaires ce privilége exorbitant que les actes relatifs à leurs fonctions ne pouvaient être discutés qu'en vertu d'une permission expresse du gouvernement, représenté par le Conseil d'État. Dans le principe et en théorie, cette haute juridiction avait reçu pour mission de prévenir l'abus des poursuites et non de les supprimer. En réalité si elle pensait que, pour un motif quelconque dont nul ne pouvait lui demander compte, le Gouvernement avait intérêt à faire le silence sur les actes du fonctionnaire, le cours de la justice était entravé. Si, au contraire, elle estimait que le gouvernement ne devait pas accepter la responsabilité morale des actes reprochés à ses agents, elles les livrait aux tribunaux.

En supprimant la nécessité de l'autorisation préalable, le législateur de 1870, n'a-t-il pas voulu laisser au gouvernement la liberté de ne pas soumettre les actes de ses mandataires à cet examen officiel? Quel intérêt peut-il y avoir à le forcer à déclarer irréguliers des agissements qu'il consi-

Digitized by Google

dère comme tels ? Puisqu'il conserve la faculté de défendre l'agent attaqué en recourant au conflit d'attribution, son silence n'équivaut-il pas à une désaprobation implicite, et n'a-t-il pas cette signification qu'il repousse la responsabilité légale ou morale d'une illégalité?

Le citoyen lésé qui veut obtenir d'urgence réparation d'un acte délictueux a intérêt à ce que le débat qu'il sollicite devant ses juges naturels, ne se complique pas de l'intervention d'une puissance contre laquelle il ne pourra lutter qu'à grand'peine et qu'à tort, sans doute, il soupçonne d'avoir plus de sympathies pour son adversaire que pour lui-même.

Il n'est pas jusqu'au fonctionnaire incriminé qui, dans certains cas, n'ait intérêt à rester devant la justice civile. S'il n'espère aucun appui dans ses supérieurs, il se gardera d'exciper lui-même d'une incompétence qui prolongerait l'action sans utilité pour lui.

Or, le système suivant lequel le juge civil serait radicalement incompétent pour statuer sur l'irrégularité de l'acte administratif rétablit sous une forme nouvelle la garantie constitutionnelle, et l'abrogation de l'article 75 aura eu cette conséquence de substituer à un mode d'autorisation de poursuivre, imparfait, mais régulièrement organisé, un régime sans règles fixes, dans lequel on est réduit à suppléer au silence du législateur pour indiquer l'autorité chargée de pourvoir à l'autorisation.

Voyons sur quels arguments repose ce système.

10. Poser en thèse absolue comme le font ceux qui dénient à l'autorité judiciaire le droit de jeter les yeux sur un acte administratif, que l'article 75 avait pour but de protéger la personne du fonctionnaire et non l'acte administratif, c'est oublier l'origine de cette disposition. Il y avait en effet deux hypothèses où l'on pouvait enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs, celle où deux citoyens auraient déféré directement à l'autorité judiciaire l'interprétation d'un acte administratif au préjudice de la juridiction exceptionnelle, et celle où un citoyen, ayant cité un administrateur pour un fait relatif à ses fonctions devant la même autorité, soit au civil, soit au criminel, celle-ci eût pu être saisie indirectement de l'appréciation d'un acte administratif.

Digitized by Google

Dans la première hypothèse, l'administration se protégeait en élevant le conflit; dans la seconde, en refusant d'autoriser les poursuites. C'est cette défense de citer les administrateurs portée par les lois de la législation intermédiaire, que l'article 75 a eu pour but de régler en la généralisant. Or il est bien certain que la protection accordée au fonctionnaire par la garantie constitutionnelle avait pour but non-seulement de lui éviter des poursuites injustes et téméraires, mais aussi de préserver le gouvernement contre le trouble que les poursuites intentées à ses agents apporteraient à l'exercice de son autorité. C'était la plénitude de son action et la légalité de ses actes qu'elle garantissait en protégeant ses instruments. « Quel que soit le caractère des actes auxquels la garantie constitutionnelle est appliquée, c'est l'administration qu'elle protége, dit M. Faustin Hélie, ce n'est plus la personne. C'est l'acte du pouvoir exécutif, ce n'est plus l'agent, car l'agent n'a point de pouvoir qui lui soit propre; il n'agit que comme délégué d'un pouvoir supérieur et c'est à ce pouvoir lui-même que remonte sa garantie..., ce sont ces fonctions que le législateur a voulu placer à l'abri des entreprises judiciaires et dont il a voulu assurer la complète indépendance. C'est le principe de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative auquel il a donné une sanction[1]. »

11. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont quelquefois perdu de vue ce principe. Cela ressort de l'exposé que nous avons fait de leur jurisprudence. Néanmoins, la Cour de cassation a proclamé d'une manière formelle le caractère de la garantie constitutionnelle dans un arrêt du 31 mars 1864; « Attendu que la garantie de l'article 75 n'est que la conséquence du principe fondamental de la séparation des pouvoirs; qu'elle n'a pour objet que d'assurer l'indépendance de l'administration à l'égard de l'autorité judiciaire, et de protéger, non la personne inculpée, mais l'acte administratif; qu'il ne suffit pas à son application que la partie poursuivie soit un agent du gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission; qu'il faut essentiellement, ainsi que le prévoit l'article 75, que

[1] T. III, p. 386, Instr. crim.

Digitized by Google

les faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes qu'ils soient un acte de la fonction elle-même avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice bien qu'abusif; que c'est alors au Conseil d'État qu'il appartient, même au cas où le fait serait qualifié crime ou délit par la loi, de reconnaître l'abus, de proclamer la responsabilité de l'agent et de livrer, s'il y a lieu, sa personne aux tribunaux [1]. »

On peut citer dans le même sens les considérants de l'arrêt du 22 avril 1874 par lequel la Cour de cassation a jugé que le décret du 19 septembre a un effet rétroactif [2].

C'est par des empiétements successifs que le Conseil d'État en était arrivé à protéger la *personne* plus que la *fonction*. Mais pour juger aujourd'hui la portée de l'abrogation de l'article 75, c'est au but que se proposait le législateur de l'an VIII qu'il faut se reporter et non à l'usage plus ou moins abusif qu'on a pu en faire.

12. La preuve, dit-on, que l'autorisation préalable n'était qu'une garantie personnelle, c'est que si elle était réelle elle ferait double emploi avec le conflit, et l'on cite un paragraphe de M. de Cormenin sur l'ordonnance des conflits relatif à la défense faite à l'administration d'élever le conflit en matière criminelle. On fait dire à M. de Cormenin, nous le craignons, plus qu'il n'a voulu dire. Voici ses paroles : « L'ancienne jurisprudence du Conseil d'État interdisait aux juges, à peine de conflit, de procéder sans l'autorisation préalable de ce Conseil au jugement des agents du gouvernement, prévenus de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. C'était détourner le conflit de son but. En effet, le conflit ne peut se saisir que d'une affaire qui de sa nature est administrative. *Il ne peut revendiquer pour l'administration que ce que l'administration peut juger, et l'administration ne peut pas juger des crimes. — Il ne faut pas confondre les choses et les personnes. Le conflit est une garantie réelle, l'autorisation est une garantie personnelle.* Le fonctionnaire trouve cette dernière garantie dans l'article 75 de la loi du 22 frimaire an VIII, et dans la disposition de l'article 129 du Code pénal. Elle lui suffit, il l'invoquera toujours. L'intérêt

[1] D. P., 64 1, 149.
[2] V. p. 3.

Digitized by Google

de la défense, l'éclat du procès, les avertissements des supérieurs administratifs, les réquisitions du ministère public, l'inévitable nullité des procédures, et par-dessus tout l'expérience des faits, nous en répondent. »

La pensée de M. de Cormenin nous paraît se dégager bien nette, et on peut la formuler dans ces quelques propositions: Le conflit ne protége que l'exercice d'une attribution spéciale de juridiction donnée à l'administration pour le jugement des actions administratives. Il ne saurait dessaisir la juridiction criminelle qui est seule compétente pour juger les crimes, par cela seul qu'un fonctionnaire y a été amené sans autorisation. Ici l'intérêt du gouvernement, au lieu d'être absolu comme dans l'hypothèse où il s'agit d'un acte administratif, n'est plus que relatif parce qu'il n'éveille la sollicitude du gouvernement que selon qu'il paraît de nature à engager ou non sa responsabilité ; par conséquent l'autorisation est une garantie personnelle en ce sens qu'elle n'est mise en exercice qu'à l'occasion d'une poursuite exercée contre une personne déterminée de l'administration. La garantie réelle de l'acte administratif qui est dissimulée sous cette faculté laissée au gouvernement, de livrer ou de sauver son agent, n'est pas sacrifiée par cela même qu'il ne l'exerce pas par voie de conflit. Son droit est sauvegardé par le ministère public, par la nature de l'exception que le juge doit prononcer d'office, par l'intérêt que l'agent a de recourir à l'autorisation, en tout état de cause, enfin par le droit d'annulation de la procédure.

13. Or, si la garantie constitutionnelle avait pour but principal de protéger l'action gouvernementale contre le trouble qui aurait pu résulter des poursuites inopportunes de l'autorité judiciaire et des citoyens, le législateur de 1870, en la supprimant, a manifestement considéré que l'on avait exagéré ce péril, et que les inconvénients pouvant résulter de la garantie étaient plus graves que ceux auxquels elle avait pour but d'obvier. En conséquence, il a renoncé au droit d'autorisation, c'est-à-dire au monopole que les gouvernements précédents s'étaient arrogé d'apprécier les actes poursuivis par le ministère public ou les particuliers, et il n'a conservé que le droit d'élever le conflit pour les cas où le pouvoir judiciaire voudrait faire de son autorité un usage

Digitized by Google

qui lui paraîtrait menaçant pour la sienne. C'est en ce sens seulement que le principe de la séparation des pouvoirs reçoit une atteinte; mais cette atteinte est plus apparente que réelle. Autrefois, l'acte du fonctionnaire public était toujours contrôlé par le Conseil d'État, désormais il ne le sera que si son appréciation implique une interprétation préjudicielle qui sort des attributions du juge civil.

En effet, en supprimant l'autorisation préalable, qu'a pu faire le législateur? a-t-il réservé pour tous les cas au gouvernement l'appréciation préjudicielle de l'acte incriminé? Celui-ci doit-il intervenir dans toute poursuite pour faire déclarer administrativement que l'exercice de sa fonction a été régulier ou irrégulier, légal ou illégal, comme le soutient M. Cazalens? S'il en était ainsi, ce serait donc une compétence préjudicielle inévitable et permanente que l'administration créerait à son profit, compétence ayant pour corollaire indispensable le conflit? Or, en a-t-il jamais été ainsi? Sous l'empire de la garantie constitutionnelle, l'autorité judiciaire n'était pas incompétente pour apprécier la légalité de l'acte. Elle devait surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'État eût donné l'autorisation de poursuivre. L'autorisation intervenue, elle n'était nullement liée par l'appréciation implicite qui pouvait résulter de cette décision; elle agissait dans la plénitude de son pouvoir. Sans aucun doute le Conseil d'État appréciait l'acte du fonctionnaire, puisque le droit d'autorisation lui était conféré précisément pour qu'il recherchât si la plainte était fondée et ne tendait pas à apporter des entraves à l'exercice légitime de sa fonction. Sans aucun doute aussi, s'il s'était renfermé strictement dans les limites où son droit devait s'exercer, son refus d'autoriser les poursuites aurait eu cette seule signification que l'acte incriminé était légitime.

Mais le Conseil d'État ne s'en tenait pas à la rigueur des principes. Souvent, et par des considérations très-diverses, il refusait l'autorisation, quoique l'acte constituât un délit. Il se préoccupait moins *de la validité de l'acte administratif* que de l'intérêt que croit avoir tout gouvernement, pour éviter les récriminations de la presse, à ne pas laisser surprendre ses agents en flagrant délit d'illégalité dans la crainte qu'on ne mît trop en lumière la responsabilité morale qui lui

Digitized by Google

incombe dans leurs agissements. A tort ou à raison, on a accusé le Conseil d'État d'étouffer la discussion d'actes arbitraires accomplis dans un but politique et pour défendre le gouvernement contre des périls imaginaires ou réels contre lesquels il n'était pas armé par la loi. Tantôt, suivant lui, l'acte était abusif, mais n'avait pas été commis malicieusement; tantôt un blâme, la démission ou la destitution, ou une peine disciplinaire lui paraissaient une suffisante répression. En dernière analyse, le Conseil d'État en était arrivé à confondre fréquemment la garantie réelle, c'est-à-dire la défense de la fonction contre des poursuites injustes contenues dans l'autorisation préalable, avec l'intérêt personnel de l'agent et la sympathie plus ou moins sérieuse qu'il pouvait inspirer. Or dès le moment que la garantie constitutionnelle était détournée de son but, dès qu'au lieu d'être la sanction du principe de la séparation des pouvoirs elle dégénérait en privilége personnel pour des milliers d'agents, elle n'avait plus de raison d'être.

Que le public se soit exagéré souvent l'usage que le Conseil d'État faisait de son omnipotence, nul ne le conteste. Mais ses errements, alors même que ses décisions étaient marquées au coin de la plus stricte justice, inspiraient de la défiance aux esprits les moins prévenus, par cela seul qu'ils annihilaient, au profit des fonctionnaires, toutes les garanties qui résultent de la publicité des débats criminels. Il est de règle en France que le jury seul a le droit de déclarer l'existence des excuses légales. Ce droit n'appartient pas à la chambre des mises en accusation. Le législateur a voulu avec raison que l'homicide volontaire ne pût être légitimé par les déclarations d'une juridiction qui statue secrètement. Le Conseil d'État s'était d'abord conformé à un principe considéré comme le correctif nécessaire des vices de la procédure secrète. Mais bientôt s'attribuant des droits supérieurs à ceux de la chambre des mises en accusation, il se déclara compétent pour reconnaître l'existence des excuses légales. On sait combien peut être élastique l'appréciation de la provocation et de la légitime défense. Le Conseil d'État ne craignit pas de se substituer au jury et d'assumer la responsabilité d'une appréciation faite en secret. De là des accusations de partialité qui, pour être injustes, s'accréditaient à la fa-

Digitized by Google

veur de l'obscurité dont restaient entourés les actes reprochés aux fonctionnaires. On en disait tout autant, sinon plus, des actes que le Conseil d'État amnistiait parce qu'ils avaient été commandés à l'agent par l'autorité publique dont il relevait et qui elle-même était irresponsable. Or c'est précisément parce que l'exercice de la garantie pouvant résulter pour la fonction du droit d'autorisation était détourné de son but que la garantie était dénoncée comme abusive. Des protestations de jour en jour plus violentes s'élevaient contre elle parce que l'on prétendait que, pour protéger des agents politiques, le Conseil d'État en était arrivé à sacrifier la dignité de la fonction au lieu de la défendre; qu'en laissant impunis des actes délictueux il compromettait l'action gouvernementale au lieu d'en assurer le fonctionnement régulier. Les promoteurs de la réforme de l'article 75 voulaient déposséder l'administration de son droit parce qu'elle était suspecte de valider l'arbitraire et l'illégalité. Suivant les publicistes, la seule crainte que le refus d'autorisation amnistiât des arrestations arbitraires, des violences ou des diffamations officielles, suffisait pour qu'on laissât à l'avenir l'autorité judiciaire étendre son niveau sur les fonctionnaires publics comme sur les autres citoyens. Selon leurs affirmations, elle discernerait aussi bien que le Conseil d'État l'acte illégal de l'acte légitime. M. Jules Favre faisait, sans aucun doute, allusion à la protection de l'autorité judiciaire et aux entraves qu'elle rencontrait dans l'article 75 et dans d'autres lois, lorsque, après avoir rapporté des faits plus ou moins dramatiquement exagérés, si l'on en juge par la réfutation du garde des sceaux, il jetait à celui-ci cette apostrophe : « Et vous dites qu'en France la liberté individuelle est protégée, qu'elle a des garanties. Non ! La liberté individuelle dans ce pays est une véritable dérision ! (Oh ! oh ! Rumeurs.) C'est ainsi qu'il faut l'appeler tant que vos institutions ne seront pas revisées ! » Or les institutions ont été revisées soit par M. Jules Favre lui-même, soit par un décret émané du gouvernement de la Défense nationale dont il faisait partie; et la formule de ce décret est claire, précise, sans ambiguïtés ni restrictions. Une pensée dominante s'y révèle, une pensée unique, celle de briser d'un seul coup toutes les entraves qui empêchaient les citoyens d'obtenir justice contre les iniquités officielles.

Digitized by Google

Aussi aujourd'hui rien ne paraît plus étrange à ceux qui se souviennent de ces attaques que la prétention d'attribuer aux auteurs de la réforme la pensée de faire revivre le droit du gouvernement sous la forme d'une demande préjudicielle.

14. Pour ne parler d'abord que des poursuites criminelles, même sous l'empire de l'article 75, ainsi que nous l'avons fait remarquer, l'autorité judiciaire était exclusivement compétente, si elle était saisie par l'autorisation pour apprécier le mérite des actes du fonctionnaire inculpé. L'abrogation de cet article aurait-elle diminué les attributions des juridictions d'instruction ou de jugement et bouleversé les règles de leur compétence? Aurait-elle pour conséquence de couper la poursuite en deux parties et de substituer à l'indivisibilité de la procédure criminelle deux instances reliées entre elles par un lien de subordination, l'une administrative, l'autre judiciaire? Aurait-elle créé enfin deux juridictions, l'une administrative, supérieure à l'autorité judiciaire, l'autre criminelle, subordonnée à la décision rendue par la juridiction administrative? Le gouvernement pourra-t-il entraver le cours de la poursuite, enjoindre au ministère public de surseoir, dessaisir le juge d'instruction, la chambre des mises en accusation ou la Cour d'assises pour revendiquer la connaissance d'un acte commandé par lui? Quelle sera l'autorité chargée d'exercer la revendication? Quel sera le régulateur des conflits entre le gouvernement et la juridiction criminelle?

On reconnaît que le gouvernement ne peut se servir dans cette hypothèse de l'arme du conflit puisque l'article 3 de l'ordonnance de 1828 est formelle. Il faut donc ou que le gouvernement fasse modifier la législation sur les conflits pour être mis en possession du droit de dessaisir la juridiction criminelle, ou qu'il se résigne à l'état de choses créé par l'abrogation de l'article 75. Les questions préjudicielles de l'ordre administratif seront régies, comme le sont les questions préjudicielles tirées de l'ordre civil, telles que les questions d'état dans les accusations de suppression d'état et de bigamie. La juridiction criminelle attendra la décision de la juridiction administrative compétente pour statuer sur la validité de l'acte imputé au fonctionnaire absolument comme

Digitized by Google

les tribunaux correctionnels attendent, à l'occasion de poursuites pour dénonciation calomnieuse contre un fonctionnaire public, la décision de l'administration compétente sur la vérité ou la fausseté des faits dénoncés. Cette situation n'est pas nouvelle. Antérieurement à l'abrogation de l'article 75, il était de jurisprudence que dans le jugement des accusations de détournement portées contre des comptables de deniers publics, la liquidation des comptes de ceux-ci, lorsqu'ils niaient l'existence du déficit qui leur était reproché, devait être préalablement faite par l'autorité compétente [1], et cette vérification était préjudicielle même à la décision que le Conseil d'État était appelé à rendre sur l'autorisation de la mise en jugement [2]. La chambre des mises en accusation relèvera d'office l'exception. A son défaut, la Cour d'assises prononcera le sursis. Enfin si la Cour d'assises violait la loi en ne s'arrêtant pas devant un déclinatoire fondé sur une exception légitime, la Cour de cassation annulerait son arrêt.

Mais les juridictions criminelles ne devront surseoir que dans le cas où elles ne pourraient juger sans enfreindre leur compétence, c'est-à-dire lorsqu'elles sont en présence d'un acte administratif dont le sens est douteux. Elles passeront outre si l'acte est clair et précis. Il est de jurisprudence, en effet, que le pouvoir judiciaire a le droit d'appliquer les actes administratifs produits devant lui quand ces actes présentent un sens évident et certain [3].

C'est bien là aussi ce qu'entendait M. de Cormenin lorsqu'il s'expliquait sur le droit conféré à l'administration d'élever le conflit. Après avoir expliqué que le défaut d'autorisation préalable en matière criminelle ne constituait qu'une exception et ne pouvait jamais servir de fondement au conflit, il ajoutait : « Il n'en serait pas de même en matière correctionnelle si le délit ou la contravention ne pou-

[1] Faustin Hélie, t. III, p. 444 à 450. — Cass., 15 juillet 1819, 17 nov. 1812, 3 août 1855, 23 févr. 1861, 19 juin 1863.

[2] 25 févr. 1865, D. P., 66, 5, 398.

[3] Bordeaux, 6 nov. 1863, *J. du min. publ.*, p. 195; Cass. 9 avril 1866, *id.*, 10, 3; Metz, 4 juillet 1866, *id.*; Faustin Hélie, t. VI, n° 2697; Dalloz, *Répert.*, v° Comp. adm., n°s 246 et suiv.

Digitized by Google

vait être constaté que par une instruction et puni que par des peines dont les lois d'exception auraient réservé l'appréciation à l'autorité administrative, ou si l'existence du délit était subordonnée à la déclaration préalable de cette autorité *sur le sens et les effets de ses arrêtés*. Dans le premier cas, le conflit protége l'exercice d'une attribution spéciale donnée à l'administration sur la chose et la personne; dans le second cas, il ne protége que l'exécution de l'acte, et il ne dérobe point l'agent aux tribunaux. » Mais il faut que l'existence du délit soit subordonnée à une déclaration préalable, c'est-à-dire à l'interprétation du sens et des effets des actes administratifs. La portée de ces actes est-elle évidente et ne peut-elle donner lieu à aucune équivoque, le pouvoir administratif outre-passerait ses droits s'il élevait le conflit.

15. Si ces principes sont incontestables en ce qui concerne les juridictions criminelles, pourquoi ne seraient-ils pas applicables devant les juridictions civiles? Pourquoi un tribunal civil n'aurait-il pas le droit d'apprécier la légalité d'un acte accompli par un fonctionnaire public comme le ferait un tribunal correctionnel, la Cour d'appel, la chambre des mises en accusation ou la Cour d'assises? Les adversaires de notre opinion oublient trop facilement que l'autorité judiciaire a été instituée pour appliquer les lois, et par conséquent pour vérifier leur constitutionnalité; qu'elle a pour le faire les mêmes moyens et les mêmes lumières que les tribunaux administratifs. Si les tribunaux inférieurs se trompent dans l'examen de la légalité des actes administratifs, ils seront redressés par les Cours d'appel et celles-ci elles-mêmes seront ramenées par la Cour de cassation à la stricte interprétation des lois.

16. D'ailleurs ce droit d'appréciation que l'on revendique pour les tribunaux civils, en tant qu'il ne constitue pas une violation de leur compétence, n'était-il pas exercé par eux bien avant qu'il leur ait été implicitement dévolu par la suppression de l'article 75? Ainsi il est de jurisprudence constante qu'ils peuvent non-seulement interpréter[1] les règlements de police parce qu'ils participent du caractère

[1] Cass. 1er févr. 1851, 28 sept. 1855.

Digitized by Google

des lois, mais en outre en vérifier la légalité. Ces règlements émanent de fonctionnaires auxquels a été déléguée directement une part du pouvoir législatif. L'autorité judiciaire a le droit, en vertu de sa propre loi constitutionnelle, de vérifier si ces règlements ont, comme toutes les autres lois dont l'application leur est proposée, un caractère obligatoire, c'est-à-dire : 1° s'ils émanent d'une autorité compétente [1]; 2° s'ils ont été pris dans le cercle des attributions de cette autorité [2], s'ils dérogent ou sont contraires à quelque loi existante [3], s'ils sont régulièrement exécutoires [4].

Ce droit de vérification s'est même étendu à des actes administratifs proprement dits, non pour les interpréter, les critiquer ou en suspendre l'exécution, mais pour reconnaître leur caractère et leur portée, parce que pour admettre les conséquences juridiques qu'on en peut inférer, il faut, avant tout, constater leur légalité. Pourquoi forcerait-on le pouvoir judiciaire à surseoir en présence d'un acte ouvertement entaché d'illégalité? Cela pouvait avoir un intérêt pour l'administration lorsqu'elle avait lieu d'espérer pouvoir dissimuler, au moyen du refus d'autorisation de poursuivre, un acte dont l'illégalité était de nature à jeter de la défaveur sur ses membres, ou lorsqu'il était permis de l'interpréter en divers sens. Mais un acte d'une nullité évidente et radicale! Prenons un exemple : En 1834, un officier de santé était poursuivi pour exercice illégal de la médecine dans un département où il n'avait pas été reçu. Domicilié dans le Calvados, il produisait une autorisation du préfet de ce département qui l'autorisait à se présenter devant le jury de Seine-et-Oise; la Cour de cassation a jugé que la juridiction correctionnelle était compétente pour apprécier l'exception résultant de l'autorisation administrative, puisque la loi n'a point délégué à l'autorité administrative le droit

[1] Cass., 8 févr. 1845, 24 avril 1845, 12 mai 1848.

[2] Cass., 1er avril 1820, 4 janv. 1839, 1 mai 1841, 18 mars 1843, 9 nov. 1843, 18 juillet 1846, 30 juin 1842, 20 juin 1855, 23 sept. 1853, etc.

[3] Cass., 10 déc. 1824, 28 août 1858, 23 nov. 1860, 28 juin 1861, 28 août 1862, 6 nov. 1863, 27 janv. 1866, etc.

[4] Cass., 31 janv. 1857, 25 févr. 1859, 21 août 1862, 17 nov. 1866, etc.

Digitized by Google

de déroger à la prohibition générale qu'elle a portée, et qu'il n'y aurait lieu de surseoir au jugement de l'exception que dans le cas où l'interprétation de l'acte pourrait autoriser cette dérogation.

On pourrait multiplier par l'imagination les exemples d'actes illégaux, c'est-à-dire qui seraient faits par des fonctionnaires en dehors de leurs attributions ou en contravention à la loi, et constitutifs soit de quasi-délits, soit de délits, soit de crimes. Or, on n'aperçoit pas sérieusement les motifs pour lesquels l'autorité judiciaire ne les caractériserait pas avec autant d'impartialité lorsqu'au lieu de conférer un droit privatif, comme dans l'espèce précédente, ils constitueraient un attentat au droit de quelque citoyen.

17. C'est là, dit-on, une brèche profonde à la séparation des pouvoirs. Nous examinerons ultérieurement si cette brèche est aussi profonde qu'on le dit. En tous cas, nous croyons avoir démontré que le législateur, en 1870, l'a voulue, parce qu'il a nécessairement entrevu les conséquences principales de l'abrogation de l'article 75 et pensé que le droit de l'administration, lorsqu'il serait par hasard menacé par une interprétation abusive, trouverait dans le conflit une sauvegarde toujours assurée.

18. Ajoutons que l'autorité judiciaire a paru offrir aux auteurs de la réforme toutes les garanties d'impartialité pour tenir la balance exacte entre les fonctionnaires publics et les administrés, d'indépendance pour résister aux sollicitations des intéressés, d'amour et de respect de la loi pour s'abstenir d'incursions téméraires sur le terrain de l'administration.

Ce n'est pas d'aujourd'hui, en effet, que l'autorité judiciaire est maîtresse du sort des fonctionnaires. D'abord elle a rempli, à l'égard des officiers de police judiciaire, un rôle semblable à celui du Conseil d'État. Suivant les prescriptions des articles 479 et 483, les magistrats et les officiers de police qui y sont désignés, et dont le nombre est assurément considérable, ne peuvent être traduits devant la juridiction correctionnelle que par le procureur général. Les magistrats des Cours et tribunaux ne peuvent être poursuivis qu'après autorisation de la Cour de cassation. Y a-t-il eu contre l'exercice de ce privilége, ainsi abandonné aux procureurs

Digitized by Google

généraux, ces récriminations violentes qui se sont élevées contre le Conseil d'État? Ont-ils fait haïr ce privilége comme celui des agents du gouvernement, ou bien n'ont-ils pas su concilier la fermeté de la répression avec la dignité des magistrats et des agents qu'ils étaient chargés de protéger contre de mesquines tracasseries? Or, si l'autorité judiciaire n'a pas démérité de la confiance du législateur alors qu'elle aurait pu céder à de partiales appréciations en faveur de ceux qui tiennent à elle par le lien de la solidarité de l'honneur ou qui sont associés à son œuvre pour l'exécution de ses arrêts, n'est-ce pas là une garantie de son impartialité à l'égard de fonctionnaires qui lui sont indifférents?

19. Nous avons une preuve concluante de ce qu'il y a d'exagéré et de chimérique dans les prédictions de nos adversaires. Ils voient déjà l'autorité judiciaire se servir de sa plénitude de juridiction pour jeter des bâtons dans les roues du char de l'État, arrêter à son gré les engrenages de la machine gouvernementale, citer les préfets à sa barre, donner des leçons aux ministres. L'expérience est faite tout au moins pour les agents des contributions indirectes, et, quoique la comparaison soit fort incomplète entre ces derniers et les personnages importants qui semblent redouter l'omnipotence judiciaire, il y a cependant là un enseignement à retenir. Depuis soixante ans, les agents à tous les degrés de l'administration des contributions indirectes ne sont plus protégés par l'autorisation préalable. Tout citoyen a pu librement les poursuivre (loi du 8 déc. 1814, art. 44, et loi du 28 avril 1816, art. 244). En outre, depuis le 4 août 1844, les lois annuelles de finances contiennent cette disposition : « Toutes contributions directes ou indirectes autres que celles autorisées par la présente loi, à quelque titre ou sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine contre les autorités qui les ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et tarifs et ceux qui en feraient le recouvrement, d'être poursuivis comme concussionnaires, sans préjudice de l'action en répétition, pendant trois années, contre tous percepteurs, receveurs ou autres individus qui auraient fait la perception, et *sans que pour exercer cette action devant les tribunaux il soit besoin d'une autorisation spéciale.* »

Digitized by Google

Nous ne sachions pas que l'application de ces lois ait jamais paralysé l'action des administrations financières, que les tribunaux se soient inconsidérément immiscés dans des questions de principe, les aient tranchées contrairement aux vues de l'administration, aux intérêts du Trésor, et voulu faire prévaloir d'une façon intempestive leur interprétation de la loi sur celle de l'administration.

L'autorité administrative a émis la prétention de juger préjudiciellement la légalité des actes reprochés aux agents des contributions indirectes, et, au premier abord, il semble que cette prétention était fondée, car si l'agent soutenait que la perception incriminée n'était, en définitive, que l'application de la loi fiscale, qu'il s'était conformé aux errements de son administration, c'était là une véritable question préjudicielle du ressort de l'administration. Or, dans diverses circonstances, le Conseil d'État a attribué une compétence exclusive à l'autorité judiciaire. Le 28 juin 1837, il rejetait l'arrêté de conflit par lequel l'administration avait revendiqué le droit de déclarer si l'État n'a pas le droit d'exiger un impôt sur les eaux salées qui surgissent dans les puits dont il est propriétaire; « Considérant que la question de savoir si l'impôt est dû et quelles seraient dans ce cas les conséquences du défaut de payement ou de la résistance à l'exercice est de la compétence des tribunaux[1]. » En 1856, le Conseil d'État eut à juger la question de savoir si un tribunal civil de l'île de la Réunion, saisi d'une demande de l'administration des douanes contre un fabricant de tabacs, en payement d'un impôt de fabrication et d'une taxe d'octroi établis sur les tabacs par arrêtés du gouverneur de la colonie, est compétent pour statuer sur l'exception d'inconstitutionnalité et d'illégalité de ces arrêtés soulevée par le défendeur. D'après ce dernier, quelle que fût la dénomination sous laquelle les contributions dont il s'agit avaient été créées, elles constituaient, non des taxes municipales et locales, mais de véritables taxes douanières, pour lesquelles aucun pouvoir législatif n'avait été délégué au gouverneur; en outre, la disposition de ces arrêtés qui soumettait à la nouvelle taxe les tabacs importés dans l'île antérieurement à

[1] Dalloz, *Juruispr. gén.*, v° Impôts directs, n° 641.

Digitized by Google

l'établissement des nouveaux impôts était entachée de rétroactivité. Le déclinatoire de l'administration relevait l'incompétence des tribunaux de la colonie pour connaître de la constitutionnalité des arrêtés pris par le gouverneur en vertu des pouvoirs que lui conférait le décret du gouvernement provisoire du 27 avril 1848, et soutenait que le droit d'annulation n'appartenait qu'au ministre, sous l'autorité du gouvernement de la métropole. Le Conseil d'État proclama encore la compétence de l'autorité judiciaire[1].

Dans une autre espèce citée par M. l'avocat général Reverchon dans ses conclusions, Me Grelleau, ancien magistrat, demandait la restitution de trois annuités d'une imposition extraordinaire autorisée par arrêté préfectoral pour la reconstruction d'une église dans la commune de Garons. « Cette imposition, disait-il, ayant pour objet de pourvoir, non à une dépense obligatoire, mais à une dépense facultative, n'avait pu être établie que par un décret impérial. La validité de l'acte administratif était donc en question. Le commissaire du gouvernement, M. Robert, apporta à la confirmation de la jurisprudence que nous avons énoncée un concours précieux et sur lequel il importe d'insister. Il fit remarquer que le but et l'esprit de la disposition finale des lois annuelles de finances étaient manifestement de donner une garantie aux contribuables, et que cette garantie *serait illusoire* si elle n'entraînait pas la compétence absolue de l'autorité judiciaire. » « Introduite pour la première fois par l'article 19 de la loi du 23 mars 1814, disait l'orateur, complétée par l'article 94 de la loi du 15 mai 1818, dont la rédaction a toujours été reproduite depuis lors, la disposition dont il s'agit, doit être interprétée en se plaçant au point de vue de ces époques qui n'était pas tout à fait celui de 1790. L'Assemblée constituante par le système d'institutions politiques qu'elle avait établi, par l'excès même des précautions qu'elle avait prises contre les empiétements possibles du pouvoir exécutif, croyait n'avoir à s'armer que contre les abus que le souvenir, alors tout récent, des Parlements, faisait craindre de la puissance judiciaire ; le législateur de 1814 et de 1818, au lendemain d'une période qui avait fait craindre d'autres abus, se

[1] 4 sept. 1856, D., 57, 3, 30.

Digitized by Google

préoccupait davantage des garanties à assurer aux citoyens contre ces dangers. Voilà pourquoi il a voulu déroger et a dérogé, dans ce cas, au principe de la séparation des pouvoirs. Vainement on objecte que les tribunaux, s'ils peuvent statuer sur la légalité de l'établissement d'un impôt, pourront se trouver en concurrence avec la juridiction administrative qui est aussi ou peut être appelée à statuer sur les mêmes questions, et qu'il en résultera une contrariété de jurisprudence. L'inconvénient est possible ; mais d'une part, le législateur ne s'y est pas arrêté par des raisons supérieures ; d'autre part, il se produit quelquefois dans d'autres matières.... » L'arrêté du Conseil d'État s'est approprié ces considérations aussi sages que décisives[1].

20. Nous ne voulons pas inférer de ces lois que les tribunaux doivent désormais interpréter les actes administratifs. Nous reconnaissons qu'elles leur ont conféré une attribution spéciale qui ne doit pas être dépassée. Mais véritablement on ne comprendrait pas pourquoi les tribunaux civils ne seraient pas aussi bons juges en toutes matières de l'illégalité des actes et des arrêtés qu'en cette matière spéciale de finances. Leur sagesse et leur prudence dans la mise en action de la responsabilité des fonctionnaires soumis à leur juridiction a été complète. Les prédictions sur les empiétements désordonnés de l'autorité judiciaire, sur l'oppression qu'elle ferait peser sur l'administration, on voit combien elles se sont peu réalisées. Ces agents contre lesquels le droit de poursuite était rendu à chaque citoyen, sont pourtant ceux dont la surveillance pèse le plus activement sur la masse de la population. Ils sont chargés de recouvrer l'impôt sous toutes ses formes et

1 La Cour de Paris a confirmé, le 5 avril 1853, un jugement par lequel le tribunal civil de la Seine s'était déclaré compétent pour apprécier la légalité d'un arrêté du préfet de police, prescrivant, sur la demande du syndicat de la ville de Paris, la formation d'un fonds de retraite en faveur des garçons bouchers au moyen de l'augmentation des droits imposés aux maitres bouchers pour la conduite des bestiaux (D, P., 34, 5, 152). La Cour de cassation a jugé également que les tribunaux sont compétents, en matière de taxes indirectes ou locales, pour apprécier la valeur légale de l'acte qui les a établies, et pour vérifier dès lors, non-seulement si les formes extrinsèques prescrites par la loi ont été remplies, mais encore si les caractères légaux des droits dont la perception a été autorisée n'ont pas été méconnus (Cass., req. 18 nov. 1850, D.. 54. 1. 338).

Digitized by Google

se trouvent en contact avec les plus misérables. Quant aux agents des contributions indirectes auxquels on infligeait la qualification de *droits réunis* comme mot d'ordre dans les émeutes, ils n'ont pas toujours les sympathies de ces innombrables débitants qu'ils devaient plier aux exigences d'une fiscalité inexorable pour qu'elle ne soit pas stérile ; ils avaient à faire dans le domicile des imposés des vérifications souvent considérées comme vexatoires, ils avaient à surveiller et démasquer les agissements frauduleux que l'intérêt est si fertile à inventer. Ils n'ont été l'objet ni de plaintes ni de poursuites nombreuses, et leur mission n'a pas été entravée par les chicanes et les tracasseries. Cet épouvantail dont l'administration s'est toujours servi pour résister à l'intrusion de l'autorité judiciaire n'était qu'une pure fantasmagorie, et l'on est en droit de dire que le sentiment de la responsabilité a protégé ces agents contre leurs propres fautes; il leur a appris à se conformer les premiers aux formalités complexes et minutieuses de la loi dans l'exercice de leurs fonctions délicates et à ne pas franchir, dans leurs relations avec les citoyens, les limites au delà desquelles ils pourraient être recherchés. Aussi, tous les jurisconsultes ou publicistes invoquaient-ils l'autorité de ce précédent pour qu'il fût généralisé et étendu à tous les fonctionnaires. Encore une fois notre prétention ne va pas jusque-là. Les exceptions au principe de la séparation démontrent seulement qu'il n'y a aucun danger à laisser à l'autorité judiciaire une certaine liberté d'appréciation, c'est-à-dire à ne pas entraver systématiquement son action par des questions préjudicielles qui ne trouvent pas leur place dans un procès en responsabilité.

21. On insiste sur cet argument qu'il y aurait anomalie à permettre au juge civil de statuer sur la légalité d'un acte administratif dans un procès qui s'agite entre le fonctionnaire de qui émane cet acte et un particulier, tandis qu'il serait incompétent pour le faire si la discussion de cet acte s'élevait entre deux particuliers. Ainsi, dit-on, une règle de compétence *ratione materiæ* varierait suivant la qualité des parties en cause. Formulé d'une manière absolue, l'argument serait irréfutable, mais il faut tenir compte des distinctions que nous avons admises. Si le sens de l'acte est douteux, il n'appartient pas plus à l'autorité judiciaire de le définir dans les

Digitized by Google

instances engagées contre les fonctionnaires publics que dans les procès entre particuliers. Rien ne sera changé aux règles générales de compétence, et le principe de la séparation sera respecté quand il y aura intérêt à le faire. Entre les errements du passé et ceux du présent il y aura cette différence essentielle que le fonctionnaire public, n'étant plus couvert au début de la poursuite par l'autorisation préalable, ne sera protégé par l'intervention de l'administration que s'il a agi légalement. Le gouvernement, en effet, ne se laissera plus fléchir par les considérations particulières qui s'attachaient à la personne du fonctionnaire, parce que ces considérations ne seront plus examinées par une juridiction gracieuse, statuant secrètement et pouvant se laisser égarer par la raison d'État. Le tribunal des conflits vérifiera la compétence; le Conseil d'État, jugeant au contentieux, statuera uniquement sur le caractère légal de l'acte administratif, abstraction faite de l'agent de qui il émane. Mais la dévolution de l'appréciation de l'acte du fonctionnaire à la juridiction exceptionnelle, au lieu d'intervenir dans tous les cas, ne sera motivée que par la présomption de légalité qui s'attachera à l'acte et par le caractère administratif de celui-ci. Désormais l'intérêt public, les droits du pouvoir exécutif et la légitimité de leur exercice seront seuls en jeu devant la juridiction administrative. Les questions théoriques seront mises au-dessus des questions de personne. L'intérêt privé du fonctionnaire ne servira plus de prétexte pour changer arbitrairement l'ordre des juridictions ou pour fermer l'accès des tribunaux à ses victimes.

22. Supposons que la simplicité du système inauguré par le décret du 19 septembre 1870 soit menacée par un déluge de questions préjudicielles, que des froissements naissent entre les deux pouvoirs, que l'autorité judiciaire, soit parce qu'elle exagérera son droit d'appréciation, soit parce qu'elle ne se pliera pas aux idées utilitaires qui caractérisent le génie administratif, suscite des conflits, les inconvénients et les embarras s'effaceront devant la fermeté et la sagesse du tribunal des conflits, régulateur suprême des juridictions. L'ordre des juridictions, la séparation des pouvoirs, les droits du pouvoir exécutif seront sauvegardés par cette haute juridiction ainsi que par l'impartialité de la Cour de cassa-

Digitized by Google

tion. Espérer que les procès intentés contre les fonctionnaires publics n'exalteront pas le sentiment de la solidarité et ne soulèveront ni passions ni luttes, serait méconnaître l'expérience du passé et la nature humaine. On ne fonde pas une jurisprudence sans combat. L'autorité judiciaire aura ses défaites et ses victoires. Ce qui importe, c'est que les conditions de la lutte soient égales et que nul intérêt ne soit exposé à être systématiquement sacrifié à un autre.

PAUL BERNARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

L'ÉCOLE PÉNALE ITALIENNE ET SES PRINCIPES FONDAMENTAUX.

Par M. Ch. LUCAS, membre de l'Institut,

Mon intention n'est pas de présenter ici l'ensemble des principes fondamentaux de l'école pénale italienne. Ceux qui voudraient en avoir un exposé complet n'auraient qu'à recourir au *Cours* de M. le commandeur Carrara, professeur à l'Université de Pise, sur le droit criminel, traduit en plusieurs langues, et notamment dans la nôtre, par M. Baret, avocat.

On pourrait utilement consulter encore les excellents articles publiés par M. Carrara à l'occasion du projet de Code pénal italien, présenté par l'honorable M. Vigliani, ancien ministre de la justice, et qui est devenu de notre part, dans la *Revue de législation*, l'objet d'un examen critique. On n'a pu oublier la mémorable discussion dans le Sénat italien, au commencement de 1875, de ce projet de Code pénal, qui va devenir, ainsi que l'annonce le récent discours du roi Victor-Emmanuel, l'objet des délibérations de la Chambre des députés dans la session législative qui vient de s'ouvrir.

Ce n'est pas spécialement, du reste, du projet de Code pénal italien que nous avons ici à nous occuper, mais d'une dissertation de M. le professeur Carrara, motivée par une publication d'un savant jurisconsulte allemand, M. Rœder, qui reproche vivement à l'école pénale italienne d'avoir mé-

Digitized by Google

connu le progrès de la civilisation moderne en ne donnant pas au principe de l'amendement le rôle qui doit lui revenir.

L'objet principal de la dissertation de M. Carrara est de démontrer combien ce reproche adressé à l'école pénale italienne est peu fondé, et c'est sur l'appréciation de ce point de vue spécial que nous venons plus particulièrement appeler l'attention.

Il appartenait au digne successeur de Carmignani de défendre les principes que professe avec tant d'éclat cette école italienne, si renommée par l'enseignement de ses chaires universitaires et l'autorité des ouvrages des illustres criminalistes dont elle s'honore, tels que Mancini à Rome, Pessina à Naples, Tancrède Canonico à Turin, Lucchini à Venise, Puccioni à Florence, Pietro Ellero à Bologne, et *tutti quanti*.

Si M. Rœder avait reproché uniquement, au point de vue historique, à l'école pénale italienne de s'être un peu attardée par rapport à la reconnaissance du principe pénitentiaire et à l'appréciation de son importance, ses critiques n'auraient pas été sans quelque fondement. L'école italienne s'est montrée d'abord un peu tiède peut-être pour la réforme pénitentiaire, et, si l'impatience compromet le succès des réformes par ses témérités, la tiédeur vient l'entraver par ses hésitations.

Mais c'est en se plaçant au point de vue philosophique que le savant Rœder adresse à l'école italienne le reproche qu'il devrait s'adresser à lui-même d'avoir donné pour but à la peine le principe exclusif de l'amendement.

Le but de la peine est de sauvegarder la sécurité des personnes et des propriétés, base primordiale de l'ordre social.

La détention perpétuelle a précédé la détention temporaire. Il suffisait à la première d'invoquer le principe de la conservation sociale, qui légitimait la garantie matérielle réclamée par les besoins de la sécurité publique et privée. La garantie morale de l'amendement ne remonte qu'à la date de l'introduction des détentions temporaires. La peine avait donc sa raison d'être avant que la nature de la détention temporaire appelât la nécessité d'introduire le principe de l'amendement dans son application.

C'est dans cet ordre d'idées que nous avons toujours conçu

Digitized by Google

le but de la peine, et il faut louer l'école italienne de l'avoir suivi, car c'est l'ordre philosophique et rationnel que M. Rœder a méconnu.

L'école italienne a donc eu philosophiquement raison de donner pour but à la peine ce que M. Carrara appelle *la tutelle juridique* et ce que nous avons appelé la légitime défense de l'ordre social; mais aujourd'hui, en face du danger de la récidive, le principe de l'amendement doit s'unir à celui de la légitime défense, dans l'intérêt même de l'ordre social, que la tutelle juridique doit sauvegarder.

Pour atteindre son but et remplir sa mission à notre époque, la peine doit avoir pour double principe celui d'abord de légitime défense, qui appartient à son origine, et celui de la répression pénitentiaire, que réclame l'état actuel de la civilisation.

Pour nous trouver en pleine conformité de doctrine avec l'école italienne, nous n'avons donc qu'à lui demander d'ajouter au principe de la tutelle juridique ou de la légitime défense de l'ordre social, celui de la répression pénitentiaire, et ce second principe vient s'identifier avec le premier, puisque c'est le péril social de la récidive qui le réclame.

Lorsque la publication, en 1827, de notre *système pénal et répressif* nous valut l'honneur de relations épistolaires avec Carmignani, l'illustre représentant à cette époque de l'école pénale italienne ne songea jamais à méconnaître dans cette correspondance, dont nous avons conservé un précieux souvenir, le trait d'union qui devait exister désormais entre le principe de la légitime défense et celui de la répression pénitentiaire; car le second n'était pas l'exclusion, mais la confirmation du premier.

C'est dans cette voie qu'évidemment progresse l'école pénale italienne, et c'est de ce côté que paraît incliner de jour en jour l'école allemande elle-même, car il ne faut pas croire que le savant Rœder, dans son opposition à l'école pénale italienne, soit l'organe de l'école pénale allemande, qui nous semblerait rencontrer un plus fidèle représentant dans le savant correspondant de l'Institut, M. le baron von Holtzendorff.

Il ne serait pas sans intérêt scientifique de remonter à 1827, où se produisit la doctrine du double principe de la

Digitized by Google

légitime défense et de la répression pénitentiaire, comme fondement de la peine, au milieu des différentes écoles qui donnaient à cette époque au droit de punir des bases si différentes, et de montrer quelle a été depuis, dans l'ordre historique et philosophique, la destinée de chacune; mais c'est un travail considérable qui appartient à l'étude du mouvement progressif des doctrines philosophiques sur le droit de punir. La seule chose à constater ici à cet égard, c'est que loin d'avoir été atteinte par le discrédit qui a frappé quelques-unes de ces doctrines, celle du double principe de la légitime défense et de la répression pénitentiaire a été au contraire constamment en progrès, malgré les nombreux adversaires qu'elle a rencontrés, surtout dans l'école de l'expiation, et dont le plus éminent fut l'illustre duc de Broglie, qui, à l'occasion de la publication de notre *Système pénal et répressif*, publia en 1827, dans la *Revue française*, cet article si remarquable et si remarqué dont M. Rossi fit un livre.

Ce n'est pas que M. le duc de Broglie voulût se faire dans cet article le représentant résolu de l'école de l'expiation dont il ne pouvait admettre les aspirations exagérées, et qu'il n'entendait pas suivre dans les conséquences inadmissibles auxquelles elle devait aboutir. Il voulait tracer la limite dans laquelle cette école devait se renfermer; mais il échoua dans cette tentative, parce que la logique ne permet pas d'admettre un principe pour en supprimer les irrésistibles conséquences.

Le principal reproche adressé à notre doctrine était d'accorder à l'intérêt de l'ordre social une part trop exclusive et de sacrifier à cet intérêt celui de l'ordre moral, représenté par le principe de l'expiation, que cette doctrine venait, dit-on, supprimer. Ce reproche était immérité.

D'abord notre doctrine ne supprimait en aucune façon le principe de l'expiation, mais réservait seulement à la justice divine la sanction que ce principe devait recevoir. Elle se bornait à déclarer le pouvoir social incompétent et impuissant à exercer une justice expiatoire, parce qu'il n'en avait ni le devoir ni le moyen.

Ensuite, loin d'admettre un antagonisme entre l'ordre social et l'ordre moral, cette doctrine repose au contraire sur leur union intime et indissoluble. La pénalité ne peut incri-

Digitized by Google

miner les actes que la morale honore et ne peut frapper que ceux qu'elle réprouve. Là où il y a lésion à l'ordre social, il y a donc lésion aussi à l'ordre moral; le châtiment qui atteint la première s'étend donc à la seconde, et il y a toujours dans une certaine mesure une sanction pour l'ordre moral dans la répression de l'offense à l'ordre social. Mais de ces deux lésions à l'ordre social et à l'ordre moral, la première seule tombe directement et entièrement sous la juridiction de la justice humaine, qui n'est appelée à s'occuper qu'indirectement et qu'incidemment de la seconde. La justice humaine est une justice de conservation dans la sphère de l'ordre social. Elle n'est pas une justice d'expiation dans la sphère de l'ordre moral. La justice de l'ordre moral est celle qui est appelée à rétribuer chacun selon ses bonnes ou mauvaises œuvres. Or, elle n'est pas de ce monde.

Ce célèbre article de l'illustre duc de Broglie, qui portait l'empreinte de son admirable talent et dans lequel il s'élevait aux plus hautes considérations d'ordre moral et philosophique, en recherchant la légitimité de la souveraineté politique en même temps que celle du droit de punir, produisit une profonde impression parmi les publicistes. Mais le succès ne fut pas le même parmi les criminalistes, qui ne trouvèrent pas dans l'article de M. de Broglie la formule précise d'une doctrine nouvelle, et qui se montrèrent peu convaincus des arguments invoqués par lui en faveur d'une justice expiatoire, appelée dans les mains du pouvoir social à primer la justice de répression.

Aussi, de toutes les doctrines philosophiques sur le droit de punir, celle qui depuis 1827 a perdu le plus de crédit parmi les criminalistes est assurément la doctrine de l'expiation.

Mais, pour revenir à la publication de M. Carrara, on ne saurait qu'honorer en lui un devoir savamment accompli en lisant dans son écrit les arguments qu'il y présente, les considérations qu'il y développe; et l'école pénale italienne ne pouvait rencontrer un plus digne interprète et un défenseur plus autorisé des principes qu'il professe. M. le commandeur Carrara vient d'être appelé au sein du Sénat italien, où sa science profonde avait depuis longtemps marqué sa place; et il pourra ainsi désormais y défendre et

Digitized by Google

y faire prévaloir les principes fondamentaux de l'école pénale italienne.

Je ne terminerai pas cet article sans tracer rapidement l'historique des vicissitudes du projet de Code pénal italien qui, après avoir été voté en février 1875 par le Sénat, n'a pu encore arriver aux délibérations de la Chambre des députés, et dont la discussion n'aura vraisemblablement lieu qu'en janvier ou février de l'année prochaine.

L'École italienne, qui poursuit l'abolition de la peine de mort depuis Beccaria et qui l'a réalisée en Toscane, combattit résolûment et brillamment dans le Sénat le projet de Code pénal de M. Vigliani, qui venait méconnaître les principes qu'elle professait et lui enlever le terrain qu'elle avait conquis.

Présenté d'abord le 28 mai 1875 à la Chambre des députés, qui n'avait pas eu le temps de s'en occuper, le projet de Code pénal fut représenté le 9 mars de l'année suivante à la Chambre par M. Vigliani, c'est-à-dire quelques jours avant la chute du cabinet dont il faisait partie, et qui eut lieu le 18 mars. Ce projet de Code devait y trouver des dispositions sympathiques au point de vue de l'unification pénale de l'Italie; mais il blessait le sentiment de la Chambre élective, qui s'était prononcée à une grande majorité en 1865 pour l'extension à toute l'Italie de l'abolition de la peine de mort heureusement réalisée en Toscane, et qui tenait à rester fidèle à ce mémorable précédent.

Aussi la commission nommée pour l'examen du projet de Code pénal fut-elle composée en grande partie de députés abolitionistes.

Le célèbre promoteur de ce précédent législatif de 1865, M. Mancini, ne pouvait accepter que sous bénéfice d'inventaire l'héritage de M. Vigliani; et une décision du 18 mai nomma une commission de dix-sept membres près le ministère de la justice, à l'effet de concourir, avec le ministre, à l'étude des amendements et modifications au projet de Code pénal à proposer à la commission parlementaire déjà élue.

Bientôt survint la dissolution de la Chambre des députés, et ce fut à la nouvelle Chambre qui se réunit en novembre que l'honorable ministre Mancini présenta le projet de Code

Digitized by Google

pénal avec les modifications apportées à sa rédaction et au nombre desquelles était la suppression de la peine de mort.

La commission chargée par la Chambre de l'examen du projet de Code pénal, dans sa séance du 15 décembre, a approuvé, par un vote unanime, la suppression de la peine de mort proposée par le gouvernement, et choisi pour rapporteur M. Pessina, l'une des illustrations universitaires de l'Italie.

L'examen de cette commission n'a encore porté que sur le livre Ier qui traite des peines; car le volume du projet de Code pénal revisé, distribué à la Chambre, et dont nous avons sous les yeux l'exemplaire qui nous a été envoyé de Rome par le ministère de la justice, ne contient que ce premier livre avec les procès-verbaux de la commission consultative instituée près du ministère de la justice par la décision précitée du 18 mai.

Cette proposition abolitive de la peine de mort sera certainement votée par la Chambre des députés à une immense majorité. Mais le Code pénal ainsi revisé devra revenir devant le Sénat. On ne paraît pas douter que les abolitionistes, qui avaient déjà réuni dans le Sénat, en février 1875, une minorité assez imposante pour donner des inquiétudes à l'honorable M. Vigliani, n'y soient aujourd'hui en majorité sous l'empire des circonstances présentes, qui ne permettraient guère au Sénat de lutter à la fois contre le sentiment si accentué de la Chambre élective et de l'opinion publique.

Cette grave question de la peine de mort qui s'agite en Italie a franchi les Alpes, et l'on n'épargne pas à la proposition de M. Mancini le reproche d'inopportunité au moment où la Sicile est désolée par le brigandage. C'est l'argument dont on s'émeut le plus à l'étranger et dont on paraît s'émouvoir moins en Italie, où le brigandage n'est pas considéré comme une question d'ordre pénal, mais d'ordre social. Cela est vrai; mais ce n'est pas une raison pour qu'il ne soit pas aussi urgent d'abolir le brigandage que la peine de mort. Le brigandage en Italie est une véritable déclaration de guerre à l'ordre social, qui doit user de son droit et de son devoir de légitime défense et purger le sol italien de ces brigands par l'organisation d'un corps spécial de gendarmerie, et sans reculer devant les mesures énergiques et exceptionnelles que réclame un pareil état de choses.

Digitized by Google

Je n'ai cessé de répéter depuis bien des années que lorsque la piraterie était abolie sur mer, c'était une tache pour la civilisation italienne de ne l'avoir pas encore abolie sur terre. Un grand pays comme l'Italie ne peut faire à cet égard un aveu d'impuissance devant le monde civilisé. Vouloir, c'est pouvoir, et du jour où elle le voudra bien, le brigandage aura bientôt cessé de compromettre sa prospérité et de déshonorer sa civilisation.

Il importe, dans l'intérêt de la vérité historique, de rectifier une erreur trop accréditée en dehors de l'Italie et qui tend à considérer l'abolition de la peine de mort proposée par le projet de Code pénal italien comme l'effet d'une réaction politique.

L'abolition de la peine de mort a toujours conservé en Italie le caractère d'une réforme de progrès humanitaire qui n'appartient exclusivement au programme d'aucun parti politique. Dans l'ancienne Chambre, que la Chambre actuelle a remplacée, l'abolition de la peine de mort comptait sur tous les bancs d'éloquents et consciencieux défenseurs, et l'honorable M. Vigliani ne pouvait se dissimuler l'échec réservé à sa téméraire tentative de faire rétrograder la civilisation italienne jusqu'au rétablissement de l'échafaud en Toscane. Ce n'est pas seulement en Italie, mais en Europe, qu'il avait blessé à cet égard le sentiment moral et la tradition historique.

Je ne saurais omettre de mentionner que les Cours royales et les Universités d'Italie ont été consultées sur la question de la peine de mort, et que les premières se sont prononcées en majorité pour son maintien, et les secondes, au contraire, presque à l'unanimité pour sa suppression.

Les antiabolitionistes exagèrent l'importance qu'on doit attacher à l'opinion de la majorité de la magistrature en déclarant que ce doit être une autorité décisive, tandis que les abolitionistes la déprécient au contraire en rappelant qu'à une autre époque la majorité de la magistrature, consultée par Marie-Thérèse sur l'abolition de la torture, se déclara pour son maintien, et en citant d'ailleurs la discussion du Sénat, où l'abolition de la peine de mort trouva d'éloquents et nombreux défenseurs parmi les plus grandes illustrations de la magistrature italienne.

Digitized by Google

Le célèbre historien Cantu constate, en effet, dans son livre sur *Beccaria et son temps*, les résistances que Marie-Thérèse rencontra dans la majorité de la magistrature pour l'abolition de la torture. C'est un argument historique dont on a beaucoup usé et même abusé. On peut dire aujourd'hui : *Autres temps, autres mœurs!* On peut dire encore que dans tous les temps les perfectionnements apportés à la législation civile et criminelle ont trouvé dans les rangs de la magistrature d'actifs et éminents promoteurs; mais on ne saurait méconnaître que cet esprit progressif n'est pas dans la magistrature celui du plus grand nombre, où se rencontre plutôt l'esprit conservateur très-prononcé et parfois même peut-être trop prononcé. Ce fait trouve son explication naturelle dans l'influence qu'exerce sur les hommes le milieu dans lequel ils vivent. On conçoit qu'il est assez difficile à des magistrats de se soustraire à l'empire du respect des lois qu'ils appliquent, fortifié par l'autorité de la tradition et la puissance de l'habitude. On ne se résout pas facilement à détruire ce qu'on a longtemps respecté et pratiqué.

Enfin, lorsqu'à notre époque tant d'esprits turbulents n'aspirent qu'à bouleverser les lois existantes en substituant l'esprit révolutionnaire à l'esprit sagement progressif, il ne faut pas se plaindre de rencontrer dans la magistrature ces résistances accentuées de l'esprit conservateur qui ont leur côté salutaire.

En résumé, je ne prétends pas qu'entre les deux opinions des Cours et des Universités on doive imputer à l'une ou à l'autre une influence prépondérante. Il faut en reconnaître et respecter la valeur réciproque, et ce sont deux témoignages qui doivent être également pris en sérieuse considération dans les délibérations législatives.

Ces considérations, que je crois avoir exposées avec impartialité, étaient nécessaires pour montrer combien on dénature le véritable caractère de ce grand mouvement abolitioniste en Italie, quand on n'y voit que l'effet d'une réaction politique, au lieu d'un progrès de civilisation, dont la date séculaire remonte dans l'ordre philosophique à Beccaria, et dans l'ordre historique au grand-duc Léopold.

CH. LUCAS.

15 décembre 1876.

Digitized by Google

SENS JURIDIQUE DU MOT FACULTÉ DANS L'ARTICLE 2232 DU CODE CIVIL.

Par M. Gautier, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

S'il est pour l'étude d'une science un point important, c'est de bien préciser le sens des termes qu'elle emploie. Combien de discussions et de controverses se prolongent indéfiniment parce que chacun des deux adversaires donne un sens différent à une même expression? Parmi les termes usités dans la langue du droit, il en est un qui ne nous paraît pas avoir reçu une précision suffisante, c'est celui de *faculté* ou d'*acte de pure faculté* qu'emploie l'article 2232 du Code civil. Essayons s'il ne nous serait pas possible d'indiquer avec quelque netteté ce qui est contenu dans ce mot juridique.

Par cela seul qu'un homme appartient à une nation, c'est-à-dire à une collectivité d'habitants, il est soumis à diverses obligations, de même qu'il peut user des droits qui sont reconnus par le législateur à tout membre de la collectivité. Ainsi l'on peut jouir des droits politiques, des droits de famille, du droit de propriété, du droit spécial aux contrats, dans les conditions et les formes établies par la loi. De même encore le domaine public étant une portion du territoire qui est destinée à l'usage de tous, on aura le droit d'en user conformément à sa destination quand on le désirera. Quel titre invoque-t-on pour accomplir ces actes de jouissance? La qualité de membre de la communauté et la loi. Tant que la loi restera la même, elle investira en quelque sorte chaque jour les particuliers des droits qu'elle leur accorde.

Aussi ces droits découlant de la volonté seule du législateur sont-ils imprescriptibles; sans doute on peut ne pas les exercer pendant un temps plus ou moins long, mais comme le titre sur lequel ils se fondent ne se périme pas, n'est pas abrogé par le temps, on est toujours sûr de les retrouver le jour où l'on voudra s'en servir. En ce sens on peut dire que ces droits sont facultatifs.

A côté de ces droits qui appartiennent à toute personne il s'en trouve un grand nombre qui puisent leur origine dans le fait de l'homme, dans ces transactions humaines qui

Digitized by Google

chaque jour s'accomplissent par milliers sur tous les points du territoire. Les contrats et leurs nombreuses variétés, les quasi-contrats, les délits et quasi-délits sont les sources abondantes d'où jaillissent chaque jour et à chaque heure les droits les plus divers. Sans doute ces droits sont reconnus par la loi, qui ne pose d'autres limites à la liberté des conventions que l'ordre public, mais ils émanent, non pas de la volonté du législateur, mais de la volonté humaine. Sans doute le législateur peut intervenir pour déduire de ces conventions les conséquences que les parties ont voulu en faire découler, il accordera par exemple des actions en résolution ou en dommages-intérêts pour le cas d'inexécution, mais il sera en cela uniquement l'interprète de la volonté des contractants, les actions qu'il accorde n'auront pas d'autre origine que cette volonté. A la différence des précédents, ces droits qui reposent sur le fait de l'homme sont éminemment prescriptibles. Le titre qui leur sert de fondement, convention ou délit, n'est qu'un fait dont la preuve est fragile et qu'au bout d'un long temps il serait peut-être difficile de fournir. De plus, ces droits résultent d'arrangements qui, au moment où ils sont intervenus, se rapportaient à un certain état de la fortune et des affaires des parties. Or lorsque les circonstances ont changé, lorsque le créancier, par sa longue inaction, a laissé croire qu'il renonçait à son droit, le débiteur pourrait-il être exposé à une réclamation tardive ? Non, la prescription le protége en maintenant un état de fait que depuis plusieurs années il considérait comme définitif. Tandis que la loi est une mesure générale qui embrasse l'avenir tout entier, les mesures prises par les particuliers ne dépassent guère un horizon restreint par la brièveté de la vie humaine. C'est ce qui explique pourquoi le législateur ne leur a pas accordé une durée indéfinie.

Ma conclusion est donc que les droits sont imprescriptibles s'ils sont une création du législateur, s'ils n'ont d'autre fondement que la loi, prescriptibles s'ils reposent sur un fait de l'homme. Or les droits imprescriptibles sont des droits facultatifs, en ce sens qu'on peut en user sans courir le moindre risque de les perdre, et quant aux actes de pure faculté de l'article 2232, ils ne sont autre chose que l'exercice de ces facultés ou droits facultatifs. A quel signe reconnai-

Digitized by Google

trai-je ces actes? A l'origine du droit dont ils sont l'exercice. Ainsi ouvrir des vues à la distance déterminée par le Code civil, se servir de l'eau dont on a le droit de disposer conformément à l'article 644, élever des constructions sur mon fonds, sont des actes de pure faculté, puisque ces actes sont l'exercice de droits consacrés par la loi. Ce qui prouve qu'il faut s'attacher à l'origine du droit plutôt qu'au nom par lequel on le désigne, c'est qu'un droit peut être prescriptible quoiqu'il porte le nom de faculté. C'est ainsi que la faculté que Pierre stipule de Paul de lui réclamer à une certaine époque tel objet ou tel autre, c'est-à-dire la faculté conventionnelle, tombe, de l'aveu de tous, sous le coup de la prescription.

Mais notre proposition paraîtra plus évidente si nous la rapprochons des formules adoptées par les divers auteurs qui se sont occupés de l'article 2232. Parmi ceux qui ont cherché à donner à leur pensée le plus de précision, se trouve M. Mourlon dans ses *Répétitions écrites*, encore convient-il qu'il a longtemps cherché sans trouver quelque chose qui le satisfît pleinement. Voici les expressions mêmes dont il se sert :

« Les actes de pure faculté sont ceux que nous pouvons faire soit en vertu d'une disposition permissive d'une loi municipale ou d'un statut local, soit en vertu du droit naturel, tandis que les facultés prescriptibles sont celles qui consistent dans le droit d'exercer une action contre un tiers ou de faire des actes de jouissance sur la chose d'autrui. »

De cette double proposition je n'hésite pas à dire que la première est incomplète, la seconde inexacte. Parlons d'abord de la première. Sans doute les droits que nous confère un statut local sont imprescriptibles, parce qu'ils sont attachés à la qualité d'habitant de la commune, et que tant que nous la conservons nous pouvons jouir des prérogatives qu'elle confère comme nous sommes soumis aux obligations qu'elle impose; le statut local n'est qu'une loi au petit pied à propos de laquelle on peut faire le raisonnement que nous avons fait plus haut. De même, si le droit naturel nous accorde certains priviléges en tant que membres de la collectivité tant que cette qualité, nous appartient, nous pouvons profiter des avantages qu'il nous reconnaît. Mais pourquoi

Digitized by Google

faire abstraction du droit positif? Est-ce que le droit d'ouvrir des vues à la distance légale est prescriptible quoiqu'il soit reconnu par le Code même ? Et de même le droit de demander le partage d'un bien indivis, de faire borner une propriété, d'acquérir la mitoyenneté d'un mur se perdent-ils par prescription quoique les articles 815, 646, 661 les consacrent? Il faut donc revenir à la notion précédemment donnée et reconnaître que les actes de pure faculté sont ceux qui découlent pour nous de la loi, que celle-ci soit générale ou spéciale, écrite ou non écrite.

Quant à la seconde proposition, en ce qui touche les facultés prescriptibles, elle est inexacte, quoiqu'elle puisse compter de nombreux adhérents, entre autres M. Troplong dans son *Traité de la prescription*. Le droit prescriptible, dit-on, est celui qui est dirigé contre un tiers, les facultés imprescriptibles n'agissant que sur nous-mêmes et sur les choses qui sont à notre disposition. Mais combien de droits ne peut-on pas citer qui supposent l'intervention d'un tiers et qui, de l'aveu de tous, sont imprescriptibles? Ainsi la faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur (art. 661), la faculté en cas d'enclave de réclamer un passage sur les fonds voisins (art. 682), les droits de passage, d'appui, de barrage, établis par les lois de 1845 et 1847. Certes, ils s'exercent bien contre des tiers, sur leurs propres biens, malgré leur volonté, et néanmoins bien des années peuvent se passer sans que l'ayant droit ait à craindre aucune déchéance. Quel en est le motif? C'est qu'ils reposent sur la volonté du législateur.

Ce qui est vrai et ce qui sans doute a induit ces auteurs en erreur, c'est que la proposition inverse de celle qu'ils formulent est exacte. Tout droit non dirigé contre un tiers est imprescriptible; pour qu'une personne prétende acquérir un droit par prescription, il faut qu'une autre personne ait perdu ce même droit. Si je ne fais qu'user de ma chose à ma guise sans élever aucune prétention à la chose d'autrui, si je ne commets aucun empiétement, aucune usurpation, toute prescription de ma part est impossible; mais de cette vérité banale prétendre tirer la proposition que tout droit dirigé contre un tiers est prescriptible, c'est une évidente erreur.

D'autres auteurs, sans chercher à trop préciser et rappe-

Digitized by Google

lant quelques paroles de Dunod, disent que la faculté est de fait et non de droit en ce sens qu'elle ne suppose pas un droit et une action propre et particulière qui préexistent.

J'avoue que je comprends peu ces expressions. Tout fait envisagé au point de vue juridique est l'exercice ou la violation d'un droit. Tout droit engendre une action contre celui qui le viole. Aussi tous les exemples de facultés que l'on peut donner supposent un droit et par suite une action destinée à le faire valoir. J'ai la faculté de planter ou de ne pas planter sur mon fonds, de bâtir ou de ne pas bâtir, qu'est-ce à dire si ce n'est que j'exerce à mon gré mes droits de propriétaire? Mais j'ai bel et bien une action contre ceux qui voudraient m'en empêcher. La vérité est que comme il s'agit de droits reconnus par la loi à tous, dont mon voisin jouit chez lui aussi bien que j'en puis jouir chez moi, il ne vient à la pensée de personne de me troubler dans l'exercice que j'en fais. Mais est-ce à dire que je n'aurais pas d'action le jour où cela serait nécessaire? Assurément non. Si, voulant user du droit que me confère l'article 661, je n'obtiens pas le consentement du copropriétaire du mur mitoyen, les tribunaux sauront faire respecter ma prétention; de même pour l'article 682, pour les lois de 1845 et 1847, etc.

Il me reste à répondre brièvement à quelques objections et à signaler les principales conséquences de la notion que je me suis efforcé d'établir.

D'abord, dira-t-on, il est des droits qui ne reposent que sur la loi seule et qu'un texte exprès soumet à la prescription. Un exemple saillant de ces droits se trouve dans l'article 789. La faculté d'accepter ou de répudier une succession est formellement soumise à la prescription trentenaire. N'est-ce pas une objection redoutable à la thèse que je soutiens? Je ferai remarquer que dans l'ancien droit, comme on se trouvait sur ce point en présence, non d'un texte précis, mais des principes généraux, cette faculté d'accepter ou de répudier était considérée par nos anciens auteurs comme imprescriptible. (Voir Pothier, *Successions*, ch. III, sect. IV, § 2, Furgole et autres). Le législateur de 1804 a modifié ce point; mais, quoique rien dans les travaux préparatoires ne vienne nous éclairer sur les motifs de cette innovation, ne doit-on pas penser que c'est là une règle motivée par les

Digitized by Google

inconvénients spéciaux qu'entraînait en cette matière l'imprescriptibilité? L'incertitude qui en résultait pour les détenteurs des biens héréditaires, n'était-elle pas contraire à l'intérêt général et n'explique-t-elle pas aujourd'hui cette dérogation aux principes? N'est-ce pas le cas ou jamais d'appliquer l'adage *exceptio firmat regulam?*

M. Troplong repousse en peu de mots la proposition que les droits qui émanent directement de la loi sont des facultés imprescriptibles. Il y a, dit-il, une foule de droits que la loi accorde à un citoyen et qui tombent néanmoins dans le domaine de la prescription, par exemple, le retrait accordé aux ascendants en vertu de l'article 747 du Code civil. Il est aisé de répondre que le législateur, dans ce cas comme dans beaucoup d'autres semblables, ne fait autre chose que faire sortir d'un acte émanant de la volonté humaine, les conséquences qui y sont implicitement contenues. L'ascendant s'est dépouillé d'une partie de ses biens en faveur de son descendant; le législateur partant de là conclut qu'il a sous-entendu que si le descendant meurt avant lui, les biens donnés lui feront retour. Ici, la loi crée moins le droit par sa volonté, qu'elle n'interprète les intentions de l'ascendant pour en développer et consacrer les conséquences naturelles, comme dans la vente elle se conforme à la pensée des contractants en reconnaissant une action en garantie.

On pourrait soutenir enfin que l'article 2232 du Code civil s'est référé à la doctrine des anciens auteurs et que la théorie que nous soutenons leur était étrangère. Cette objection a peu d'importance, car si la distinction que nous avons établie repose sur la nature même des choses, elle n'a pas besoin d'être fortifiée par des citations. Mais il n'est pas difficile de voir en lisant Dunod (*Traité des prescriptions*, partie 1, chap. XII), qu'elle découle des explications données par cet esprit si pénétrant. Il dit, en effet, en parlant de la faculté attachée à la personne des particuliers : « Elle consiste dans l'exercice d'une liberté purement naturelle de disposer de ses biens et de ses actions suivant le droit de l'État dont on est membre quand et comment on le trouve à propos, et de faire ou de ne pas faire certaines choses. Cette liberté est imprescriptible tant qu'elle n'est pas intervertie, etc. » Que signifie cette définition, sinon que tant qu'on invoque le

Digitized by Google

droit de l'État, la loi seule et non un fait de l'homme, on use d'un droit imprescriptible, on accomplit un acte de pure faculté? Ce n'est donc pas aller à l'encontre des doctrines de notre ancien droit, mais se conformer à ses enseignements, en dégager ce qu'ils renferment, que de préciser comme nous avons cru devoir le faire, le sens du mot *faculté*.

Parmi les conséquences nombreuses de la distinction proposée, je n'en veux signaler que deux des plus importantes. Une loi du 15-28 mars 1790 accorde aux communes le droit de contraindre les particuliers propriétaires de halles, à les leur louer ou à les leur vendre. Une commune qui n'a pas exercé son droit pendant trente ans, à partir de 1790, peut-elle encore l'exercer? M. Troplong et les partisans de cette thèse, que tout droit dirigé contre un tiers est prescriptible, répondent par la négative, ce qui conduit à cette conséquence extraordinaire que la loi de 1790 et les lois analogues se prescriraient par trente ans, et que, si l'on veut les maintenir, le pouvoir législatif devrait les voter à nouveau à la fin de chaque période trentenaire. La jurisprudence a reculé devant cette conséquence, qui est formellement, je n'ai pas besoin d'y insister, repoussée par notre théorie.

J'ajouterai enfin que la distinction établie à propos de l'article 2232 me paraît contenir toute l'explication de l'article 2. La loi nouvelle, dit-on généralement, ne peut toucher aux droits acquis, mais fait tomber les simples expectatives, et c'est à qui s'efforcera de définir tant soit peu clairement cette double expression. Ne pourrait-on pas dire plus simplement que la loi nouvelle peut annuler les droits qui se fondent sur la loi seule, mais ne peut toucher à ceux qui puisent leur origine dans un fait de l'homme? C'est là, on le voit, une proposition fort importante et qui pourrait à elle seule faire l'objet d'un prochain article.

ALFRED GAUTIER.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DU DROIT DE MARQUE OU DROIT DE REPRÉSAILLES AU MOYEN AGE,

Par M. René DE MAS-LATRIE, ancien auditeur au Conseil d'État[1].

Compte rendu par M. Ch. LYON-CAEN,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Cette étude est relative à un point fort intéressant de l'histoire du droit international. Pendant de longs siècles, quand un particulier ne pouvait pas obtenir justice par les voies judiciaires du pays d'un étranger, l'autorité souveraine de sa patrie l'autorisait à reprendre, même par la force, son bien ou l'équivalent de son bien sur son adversaire étranger ou même sur les concitoyens de celui-ci. C'est là ce qu'au moyen âge on appelait le droit de représailles ou droit de marque. Ce droit s'exerçait principalement sur mer comme le droit de prise; mais, outre qu'à la différence de celui-ci, il ne supposait pas l'existence d'une guerre, le droit de représailles était parfois exercé sur terre; on a des exemples de lettres de représailles concédées entre des villes situées dans l'intérieur des terres[2].

Pratiqué surtout au moyen âge, le droit de représailles n'a pas disparu avec les temps modernes. L'ordonnance de 1681 sur la marine contenait même un titre (livre 3, titre 10) qui déterminait en détail les conditions de son exercice. Mais, en fait, le droit de représailles est tombé peu à peu en désuétude, et, quoiqu'il n'ait pas été formellement aboli par les traités comme l'a été la course, on n'y a plus recours au XIXe siècle.

M. de Mas-Latrie donne des notions générales sur le droit de représailles depuis son origine jusqu'à sa disparition de fait. Toutefois son but n'a pas été de faire une histoire complète; il a voulu seulement montrer que du XIIIe au XVIe siècle,

[1] Baur, libraire, 11, rue des Saints-Pères, 1875.
[2] V. *op. cit.*, p. 5 et note 1.

Digitized by Google

« les lettres de représailles, bien qu'ayant dû donner lieu à « d'inévitables abus, sont loin, dans leurs résultats, d'avoir « occasionné autant de mal qu'on le croit et d'avoir été « abandonnées, quant à leur concession, au bon plaisir et à « la fraude. » L'auteur s'est efforcé de prouver que, bien avant la grande ordonnance, le droit de représailles était régi par une législation spéciale fondée sur des textes ou tout au moins sur des usages.

M. de Mas-Latrie nous paraît avoir parfaitement atteint son but. Les pièces justificatives de toutes sortes jointes à son étude viennent corroborer ses idées; elles sont en général choisies et reproduites avec un soin et un goût qui font le plus grand honneur à l'auteur. On ne saurait qu'applaudir à la récompense dont son travail a été l'objet. L'Académie des inscriptions et belles-lettres lui a justement accordé en 1867 une mention honorable dans le concours des antiquités nationales.

L'étude sur le droit de représailles au moyen âge est divisée en trois chapitres. Dans le premier, intitulé : *Notions générales*, l'auteur définit très-exactement ce droit, il indique avec une grande finesse les différences entre le droit de représailles et le droit de prise; puis, après avoir montré que le droit de représailles était inconnu dans l'antiquité, il constate que ce droit est d'origine germanique et indique les conditions de la délivrance des lettres de représailles au moyen âge. — Nous avons spécialement remarqué au début de ce premier chapitre la démonstration faite par l'auteur pour prouver que le droit romain ne reconnut jamais le droit de représailles. Les arguments donnés en ce sens sont sans doute, en général, très-convaincants et très-habilement exposés. Toutefois M. de Mas-Latrie a laissé se glisser parmi eux un argument que nous avons été fort étonné de rencontrer dans une œuvre particulièrement recommandable par la précision et l'exactitude des idées et des faits. Après avoir cité quelques textes, l'auteur ajoute : « Il y a des raisons « d'ordre supérieur et général qui sont favorables à notre « opinion. L'esprit fondamental du droit romain étant l'é- « quité, et le droit de représailles répugnant essentiellement « à l'équité, il ne pouvait être admis dans la législation ro- « maine qu'on a si justement appelée la raison écrite. » Il y

Digitized by Google

a là à la fois une banalité et une erreur. On ne saurait prouver d'une façon sérieuse qu'une ancienne législation n'a pas dû reconnaître une institution, en disant qu'elle est contraire à l'équité dont cette législation s'est toujours inspirée. Cet argument pourrait-il être produit, en général, que dans l'espèce il ne porterait nullement. Le droit romain n'avait pas, bien qu'en dise M. de Mas-Latrie, pour esprit fondamental l'équité. On ne saurait assurément attribuer cet esprit à une législation qui reconnaissait l'esclavage. Quand on dit que le droit romain est la raison écrite, on ne veut nullement affirmer par là que les règles qu'il consacrait, les institutions qu'il reconnaissait, étaient conformes à l'équité. On veut seulement dire que le droit romain tirait des conséquences très-logiques des principes admis par lui ; on fait même plus généralement allusion par là à l'esprit plein à la fois de finesse, de saine subtilité et de rigueur des jurisconsultes romains. Si M. de Mas-Latrie publie une édition nouvelle de son livre, il fera bien de faire disparaître le passage que nous venons de critiquer; il n'a pas, sans doute, une grande importance, mais il fait tache dans son œuvre.

Le chapitre II a pour objet *la procédure en matière de lettres de représailles*. Il y est traité successivement des formalités à accomplir pour obtenir ces lettres, pour pouvoir s'en servir après les avoir obtenues, pour les exécuter, enfin pour garder et juger les prises. — Le chapitre III est relatif à l'abolition progressive des lettres de représailles.

Enfin, dans de courtes conclusions, M. de Mas-Latrie, après avoir constaté l'abandon progressif du droit de représailles, fait ingénieusement observer qu'une autre coutume du droit maritime a eu une destinée inverse : la course s'est développée de plus en plus dans les temps modernes jusqu'à sa suppression complète par la déclaration jointe au traité de Paris de 1856. L'auteur est tenté de donner raison à Grotius qui pensait que les lettres de marque délivrées aux corsaires avaient moins de raison d'être que les lettres de représailles.

En terminant, M. de Mas-Latrie, après avoir constaté l'abolition de la course et la disparition des lettres de représailles, émet un vœu en faveur de la consécration du principe du respect absolu de la propriété privée sur mer.

Digitized by Google

Sans nous prononcer ici sur cette question, nous nous bornerons à dire que les récentes et vives discussions sur le respect de la propriété privée sur mer contribuent à donner un certain intérêt d'actualité à l'étude de M. de Mas-Latrie. Il est curieux et utile d'étudier dans le passé les nombreuses atteintes portées à la propriété par les lettres de représailles et la course; on apprécie mieux ainsi les progrès accomplis et la portée de la réforme réclamée avec M. de Mas-Latrie par d'éminents publicistes qui sont, peut-être, plus généreux que pratiques. CH. LYON-CAEN.

PRINCIPE RATIONNEL DE LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS[1],

Par M. MASSOL, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, membre de l'Académie de législation.

Compte rendu par M. G. HUMBERT, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, membre du Sénat.

L'étude des théories les plus importantes et en même temps les plus difficiles du droit romain offre un intérêt d'autant plus vif qu'elle peut procurer des secours plus directs et plus efficaces pour l'intelligence de notre législation française.

C'est ce qu'a parfaitement compris M. Massol, le savant professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse. On connaît son remarquable ouvrage sur l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, son intéressante monographie sur la maxime *nemo partim testatus*, etc. Le traité récent sur la séparation de corps, où il a su si bien tirer parti des préceptes de l'histoire et de ceux du droit canonique pour expliquer les textes incomplets du Code civil, a obtenu un succès mérité. Aujourd'hui, M. Massol livre à la publicité un travail non moins digne d'attention sur une des maximes les plus célèbres du droit romain, la règle catonienne. Les

[1] Paris, Durand, 1876, et Toulouse, Delboy, rue des Balances, n° 54.

Digitized by Google

romanistes sont loin de s'entendre sur les motifs et sur l'étendue de ce principe, et les commentateurs du Code civil semblent admettre, en général, que cette règle n'aurait plus d'application possible sous l'empire de la législation actuelle. Telle est la question que le savant professeur de Toulouse a abordée et creusée avec une dialectique pénétrante et avec cette indépendance de logique qui ne s'arrête devant aucun préjugé vulgaire.

Sans citer les anciens interprètes, il nous suffira de rappeler que Vangerow dans son *Manuel des Pandectes* et M. Machelard, professeur de droit romain à la Faculté de Paris, dans une dissertation spéciale insérée dans la *Revue historique de droit*, avaient en dernier lieu cherché à élucider le sens et la portée de la règle catonienne, mais sans l'examiner dans ses rapports avec la législation moderne. M. Massol nous paraît avoir répandu une lumière nouvelle sur ce sujet difficile et produit, notamment pour la partie romaine de la matière et même au point de vue de notre droit, une monographie des plus intéressantes et des plus originales. On sait que la règle catonienne, soit qu'elle émane de Caton le Censeur ou d'un de ses descendants, se formulait ainsi : *Un legs qui aurait été inutile, si le testateur était mort au moment de la confection du testament, ne peut valoir parce que le testateur a survécu.* On suppose un legs qui n'est pas atteint dès le principe d'une nullité radicale, mais à l'exécution duquel s'opposerait un obstacle, un vice relatif, par exemple, en ce qui concerne l'état de la chose léguée ou du légataire au moment même de la rédaction du testament. Or, d'après la maxime, la disparition ultérieure de ce vice ne saurait rendre le legs efficace parce que le testateur ne serait pas mort immédiatement après la confection de l'acte testamentaire. Cette règle, inutile à formuler pour les contrats et les institutions d'héritier (faites jadis par mancipation), parce que le point initial où devaient concourir les conditions d'existence de l'acte y était parfaitement fixe et déterminé, le fut au contraire très-utilement pour les legs dont l'*initium* pouvait donner lieu à difficulté, le legs ne s'exécutant qu'après la mort du testateur.

M. Massol démontre avec autant de force que de raison que le principe de la règle catonienne est parfaitement ra-

Digitized by Google

tionnel et n'a nul besoin des motifs subtils sur lesquels on s'est efforcé de l'appuyer. En effet, le savant professeur établit péremptoirement à nos yeux que le légataire, bien que son titre soit révocable et subordonné à sa survie, a parfaitement le germe d'un droit, une sorte de droit *sui generis*, bien supérieur au bénéfice d'une simple offre, puisque le legs est un projet réalisé. C'était aussi l'avis de Barbeyrac que M. Massol a complétement justifié et développé. Mais le savant professeur explique très-bien comment la maxime catonienne ne pouvait s'appliquer au legs conditionnel dont l'événement peut s'accomplir après la mort du testateur ; car dans ce cas s'attacher au moment de l'acte pour apprécier la validité du legs, ce serait annihiler le legs conditionnel, le prohiber absolument, le légataire ne pouvant dire qu'en cas de mort du testateur immédiatement après la confection du testament, le droit au legs puisse lui être dévolu sur-le-champ.

La base de la règle catonienne étant dans la raison, l'auteur en conclut que le testateur n'aurait pu écarter cette maxime par une clause formelle, et qu'elle devrait s'appliquer sous toutes les législations qui n'y auraient pas dérogé en tout ou en partie.

A l'aide de ces principes, M. Massol rend compte avec facilité des legs auxquels s'applique et de ceux auxquels était étrangère la règle catonienne, notamment de ceux pour lesquels le droit n'était qu'une expectative; il concilie parfaitement le § 32, *De legatis*, aux Institutes, avec la loi 82, § 2, au Digeste, *De legatis*, 2°. Il fait remarquer que le legs fait purement à l'esclave de l'héritier institué pouvait valoir si à l'époque de la mort du testateur le légataire se trouvait affranchi ou aliéné, parce qu'aux yeux de plusieurs jurisconsultes le patrimoine de l'esclave se séparait de celui du maître au point de vue des legs et permettait de réputer le legs fait à une autre personne que celle du maître. — L'auteur démontre aussi qu'un jurisconsulte romain a fait preuve au moins d'exagération en disant que la règle catonienne était fausse en certains cas.

Non-seulement Justinien n'a pas supprimé la règle catonienne, mais il en a étendu l'application même aux institutions d'héritier, ainsi que le pensait Mittermaier.

Ceci nous fera plus aisément comprendre comment les

Digitized by Google

anciens interprètes du droit français ont considéré la règle catonienne comme applicable aux institutions d'héritier, d'autant plus que les souvenirs du contrat de mancipation avaient complétement disparu en matière de testament. Aussi en pays de droit écrit la règle fut-elle admise avec toute l'extension que lui avait attribuée Justinien. On l'appliquait même à tort à la *factio testamenti* dont l'absence constitue une nullité radicale et indépendante du domaine de cette maxime. En pays de coutume, le maintien de la règle catonienne était controversé; au rapport de Ferrière, la plupart penchaient à écarter cette maxime par cette raison que les jurisconsultes romains eux-mêmes ne l'appliquaient pas aux lois nouvelles, *ad novas leges non pertinet*. Ce qui a pu déterminer la majorité des interprètes a envisager cette règle comme hors d'usage en France, c'est qu'au lieu de la présenter sous son point de vue général comme concernant les obstacles relatifs nés de la situation particulière du légataire ou de la chose léguée, souvent les textes n'en parlent qu'à l'occasion de la position d'un esclave légataire affranchi ou non affranchi. Comme en droit français de pareilles hypothèses paraissaient irréalisables, on fut trop disposé à en induire l'inapplicabilité de la règle catonienne, qui ne serait qu'une subtilité, faite tout au plus pour la société païenne. De là, peut-être, l'avis de Ricard, de Bacquet et de Merlin, qui pensent que l'on ne doit considérer la personne du légataire qu'au moment où le testament vient à échéance, moment que le testateur a dû avoir en vue.

Sous l'empire du Code, la généralité des jurisconsultes adopta cette opinion en invoquant surtout l'article 906-2° aux termes duquel, « pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur». Or la non-existence étant la plus grande de toutes les incapacités, il résulte de ce texte, d'après l'opinion commune, que la capacité des légataires ne serait pas requise en général lors de la confection du testament, puisque la non-existence du légataire à cette époque n'empêche pas le legs d'exister. (V. Demolombe, *Donations*, t. I, n° 715.) M. Massol répond, avec raison, qu'il s'agit là d'une question de *factio testamenti* et d'une cause de nullité radicale. Or, chez les Romains où la *factio testamenti* devait certainement exister, en général,

Digitized by Google

lors du testament, on avait déjà admis par faveur la possibilité, en droit prétorien, d'instituer même les posthumes externes et de leur faire des legs, ce que Justinien autorisa en droit civil, comme l'atteste le § 28 aux Institutes, *De legatis*. L'article 906 du Code civil peut donc être considéré comme se bornant à confirmer ce souvenir du droit romain admis par l'ordonnance de 1735, article 49. Ce serait trop prouver chez nous, comme en droit romain, que d'en conclure que la capacité du légataire n'est jamais requise lors de la confection du testament, au risque de bouleverser les principes rationnels sur la *factio testamenti* et sur l'époque où doit se placer l'*initium* véritable du legs, afin d'y rattacher les règles concernant les obstacles relatifs qui s'opposent à son exécution. M. Massol développe de nouveau, avec une véritable force d'argumentation (p. 50 et suiv.), les motifs rationnels qui justifient le maintien de la règle catonienne, même en droit français ; et nous appelons l'attention des jurisconsultes sur les déductions vraiment très-neuves et très-saisissantes par lesquelles l'auteur combat les préjugés dominant en cette matière. Au reste, cette opinion ne sera pas jugée aussi paradoxale qu'elle peut le paraître à quelques-uns, si l'on examine un remarquable arrêt de la Cour de cassation, rendu le 27 novembre 1848, et aux termes duquel la capacité pour recevoir doit exister au moment de la confection du testament (Dalloz, *Recueil périodique*, 1848, 1re partie, p. 225). L'annotateur de cet arrêt estime aussi que l'intention des rédacteurs du Code a été de maintenir la règle catonienne.

Cette solution, si on l'admettait, entraînerait, comme le prouve très-bien M. Massol, de graves conséquences au point de vue logique et pratique. Ainsi, par une disposition pure et simple, on ne pourrait valablement léguer à quelqu'un sa propre chose, lors même qu'elle aurait cessé de lui appartenir, lors du décès, pour entrer dans le patrimoine du testateur ou de l'héritier. Le legs fait purement d'une chose dont le testateur était copropriétaire par indivis ne vaudrait que pour la part dont il était investi lors de l'acte, tandis qu'il en serait autrement au cas de legs conditionnel, pourvu que la chose tombât au lot des héritiers du testateur, la règle catonienne ne s'appliquant pas aux legs conditionnels. Le legs pur et simple d'une servitude prédiale fait à celui

Digitized by Google

qui n'a point le fonds dominant ne pourrait valoir quand même il acquerrait plus tard cet immeuble. M. Massol indique encore d'autres applications relatives aux legs de créance et de libération et au cas de legs d'usufruit, etc... En définitive cette dissertation est à la fois logique, originale, concise et pleine de substance ; elle fait honneur au savant professeur de la Faculté de Toulouse, et porte une lumière toute nouvelle sur un des points les plus obscurs de la théorie juridique ; c'est un nouveau service rendu par M. Massol à la science du droit. G. HUMBERT.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

3912. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DES EFFETS DE LA NATURALISATION DU MARI SUR LA SITUATION DE LA FEMME

ET DE L'APPLICATION DU DÉCRET DU 26 AOUT 1811.

Par M. Reverchon, conseiller à la Cour de cassation.

I. La chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 19 juillet 1875 (Dalloz, *Rec. pér.*, 76, 1, 5; Sirey, 76, 1, 289), un arrêt qu'elle a réduit à une décision d'espèce, mais qui n'en a pas moins soulevé de graves questions de compétence internationale.

Rappelons d'abord les faits de cette affaire.

Au mois d'avril 1872, le sieur R..., Français, a épousé en France la demoiselle V..., également Française. L'année suivante, R... se rend en Suisse; il y obtient, à la date du 26 mai 1873, le droit de bourgeoisie dans une commune du canton de Schaffhouse, et, quatre jours après, la naturalisation lui est accordée par le grand conseil (pouvoir législatif) de ce canton, sous la condition que, dans le délai de six mois, il aura justifié qu'il a cessé d'avoir sa nationalité antérieure. Cette naturalisation, aux termes de la législation suisse de l'époque, entraînait de plein droit, sous la même condition, la qualité de citoyen suisse.

Le 2 septembre 1873, la dame R..., demeurée en France, intente contre son mari, devant le tribunal civil de Toulouse, une action en séparation de corps. R... décline la compétence de ce tribunal; il soutient que, comme défendeur, il doit être assigné devant le tribunal du domicile qu'il prétend avoir acquis en Suisse; en même temps, et répondant d'avance à l'argument qui pouvait être tiré contre lui de l'article 14 du Code civil, il fait remarquer que l'exception apportée par cet article aux principes ordinaires de la compétence a été abrogée, entre la France et la Suisse, par l'article 1er du traité du 15 juin 1869, aux termes duquel, dans les contestations en matière mobilière *et personnelle*, civile ou commerciale, qui s'élèveront, soit entre

Digitized by Google

Français et Suisses, soit entre Suisses et Français, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur.

1er juin 1874, jugement du tribunal de Toulouse, qui, après avoir constaté que, d'après les principes suivis en France, la naturalisation obtenue par R... n'avait point enlevé à la dame R... sa propre nationalité, continue ainsi :

« Attendu qu'aux termes de l'article 14 du Code civil, qui « s'applique aux obligations de toute sorte, la dame R... a pu « traduire devant le tribunal civil de Toulouse, dans l'ar- « rondissement duquel elle est domiciliée, son mari en « qualité de défendeur à la demande en séparation de corps, « à moins qu'il n'ait à se prévaloir de quelque exception « à ce principe général autorisée par l'article précité;

« Attendu que le sieur R... prétend que, par divers actes « accomplis les 26, 28 et 30 mai 1873, il a été naturalisé « Suisse; qu'en cette qualité il peut invoquer les conven- « tions diplomatiques du 18 juillet 1828, d'après lesquelles, « par dérogation à l'article 14 du Code civil, il aurait dû être « appelé devant ses juges naturels et non devant les juges du « domicile du demandeur; qu'il prétend, par suite, que, si « le contrat de mariage dont il s'agit de régler les effets a « été retenu en France, il avait cessé d'y résider au moment « où l'instance a été introduite, et que l'article 1er du traité « du 15 juin 1869, mettant fin à la controverse soulevée à « l'occasion de la convention du 18 juillet 1828, dispose for- « mellement que l'action contre un citoyen suisse ne peut « être portée devant le juge du lieu où le contrat a été passé, « qu'autant que les parties y résident au moment où la « procédure est engagée;

« Attendu que ni le domicile ni la qualité de la partie de- « manderesse ni le lieu du contrat ne semblent pouvoir « suffire à attribuer compétence au tribunal de Toulouse, et « qu'au premier abord le déclinatoire paraît fondé;

« Attendu, néanmoins, que la naturalisation du sieur R... « en pays étranger n'implique pas nécessairement, surtout « à l'égard des tiers, la perte de son domicile en France, et « qu'il n'est pas établi qu'il en ait acquis un nouveau en « Suisse;

« Attendu qu'en quittant la France et en demandant sa

Digitized by Google

« naturalisation en pays étranger, R... n'a eu d'autre but que « de se soustraire à la juridiction des tribunaux français, et « d'enlever à sa femme les garanties et les facilités que lui « offrait cette juridiction, naturellement appelée à apprécier « les effets d'un mariage contracté en France et entre Fran- « çais; qu'il résulte même des lettres par lui écrites que « R... aurait voulu obtenir en Suisse le divorce prohibé par « la loi française; que, sans examiner la régularité des actes « à l'aide desquels il aurait pu, en quatre ou cinq jours, se « faire naturaliser en Suisse, cette naturalisation si rapide- « ment obtenue, son départ du domicile conjugal presque à « la veille des discussions judiciaires qui allaient éclater, « constituent des manœuvres frauduleuses à l'égard de sa « femme, et ne sauraient avoir pour effet de rendre à celle- « ci plus difficile, sinon impossible, l'exercice de ses droits « résultant du mariage, et que, sous ce rapport, le change- « ment de nationalité et de domicile allégué ne saurait avoir « aucune influence sur les règles ordinaires de la compé- « tence;

« Rejette le déclinatoire, etc. »

Sur l'appel de R..., la Cour de Toulouse, par arrêt du 27 juillet 1874, a confirmé purement et simplement ce jugement.

Pourvoi en cassation, pour violation ou fausse application des articles 14, 17 et 104 du Code civil, ainsi que de l'article 1er ci-dessus cité du traité du 15 juin 1869. Mais ce pourvoi a été rejeté par l'arrêt suivant (19 juillet 1875) :

« Attendu que R..., né Français, ne pourrait, en sa pré- « tendue qualité de citoyen suisse, décliner, sur l'action en « séparation de corps contre lui formée par sa femme, la « compétence des tribunaux français, et demander son ren- « voi devant les tribunaux suisses, qu'il soutient être ses « juges naturels, qu'autant que la naturalisation étrangère « dont il se prévaut serait opposable à la dame R... ;

« Attendu qu'il est constaté en fait par l'arrêt attaqué que, « par cette naturalisation, R... n'a eu d'autre but que de se « soustraire à la juridiction des tribunaux français, d'enle- « ver à sa femme les garanties que lui offrait cette juridic- « tion, et d'obtenir en Suisse un divorce prohibé par la loi « française; qu'enfin cette naturalisation obtenue en quel-

Digitized by Google

« ques jours, et son départ du domicile conjugal à la veille « des discussions judiciaires qui allaient éclater entre lui et « sa femme, constituent des manœuvres frauduleuses desti- « nées à paralyser l'exercice des droits de la dame R... ;

« Qu'en jugeant, dans ces circonstances, que la naturali- « sation obtenue par R..., non-seulement en fraude des « droits de sa femme, mais encore en fraude de la loi fran- « çaise, ne pouvait être opposée à la dame R..., et, par « suite, en rejetant le déclinatoire par lequel R... deman- « dait, comme citoyen suisse, son renvoi devant ses juges « naturels en Suisse, l'arrêt attaqué n'a violé ni l'article 1er « de la convention diplomatique du 15 juin 1869, ni aucune « autre loi ;

« Rejette, etc. »

II. Avant d'apprécier le mérite juridique de cet arrêt, il n'est pas inutile d'en constater les conséquences. Quelque suspecte que leur ait paru la naturalisation obtenue par R..., la Cour de Toulouse et la Cour de cassation, placées en présence de la déclaration formelle de l'autorité suisse, ont admis l'existence et l'efficacité de cette naturalisation aux yeux de la loi suisse. De là il suit que R..., s'il avait réellement l'intention d'arriver au divorce, et si d'ailleurs il avait effectivement transféré son domicile en Suisse, aurait pu (du moins avant la séparation de corps) assigner sa femme à cet effet devant les tribunaux suisses, puisque le domicile du mari est le domicile légal de la femme[1], et, si le divorce avait été prononcé par ces tribunaux, il aurait pu contracter, tout au moins avec une étrangère, un nouveau mariage, dont la validité, le cas échéant, aurait dû être reconnue par les tribunaux français; ce droit lui aurait été assuré d'avance par l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 28 février 1860 (Dalloz, *Rec. pér.*, 60, 1, 57; Sirey, 60, 1, 210), sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin. Dans cette espèce, la dame de Bulkley, Anglaise d'origine, et qui avait été d'abord mariée en Angleterre, y avait ultérieurement obtenu le divorce, et était ensuite venue se fixer à Paris, où elle se proposait de contracter un nouveau ma-

[1] On sait que, sous l'empire du Code civil, la femme est obligée de suivre son mari même quand il transfère son domicile en pays étranger (Demolombe, *Du mariage*, t. IV, n° 90; Aubry et Rau, t. V, § 471, etc.).

Digitized by Google

riage avec un Français. Le maire du Xe arrondissement crut devoir refuser de procéder à la célébration de ce mariage, et sa résistance fut successivement sanctionnée par le tribunal de première instance de la Seine et par la Cour d'appel de Paris. Mais cette décision a été cassée par l'arrêt précité, dont il suffit de reproduire ici le motif suivant :

« Attendu... que la loi du 8 mai 1816 (qui a aboli en « France le divorce) n'a pu vouloir et n'a voulu statuer que « pour l'avenir et pour la France; qu'elle n'a atteint... ni « les divorces antérieurement prononcés *ni les divorces régu-* « *lièrement prononcés à l'étranger;* que si, ce qui n'est pas « contesté, un divorce prononcé en France avant la loi de « 1816 a rendu aux époux la liberté de contracter un nou- « veau mariage, *il en est de même de la liberté acquise par* « *l'étranger dans son pays au moyen d'un divorce qui y aura* « *été légalement prononcé;* qu'il n'y a d'atteinte à l'ordre « public et aux bonnes mœurs ni dans un cas ni dans l'autre, « et que la loi française, qui ne contient ancune disposition « prohibant formellement les mariages contractés dans de « pareilles circonstances, n'a fait par son silence que con- « firmer, d'une part, le principe de la non-rétroactivité des « lois, et d'autre part, *le respect dû aux législations étran-* « *gères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises* « *à leur souveraineté.* »

Or, dans l'espèce qui nous occupe, le divorce de R..., s'il est prononcé en Suisse, sera précisément un divorce *régulièrement prononcé à l'étranger*. R... pourra donc se remarier, du moins avec une étrangère, et la validité de ce nouveau mariage devra, si les effets en sont réclamés en France, être reconnue par les tribunaux français[1].

Mais, en même temps que R... aurait pu obtenir le divorce dans sa nouvelle patrie, sa femme pouvait, en vertu de la doctrine consacrée par la Cour de Toulouse et par la

[1] On comprend qu'il pourrait en être autrement d'un Français qui, après avoir été naturalisé dans un autre pays et y avoir obtenu le divorce, se remarierait dans ce pays avec une Française qui n'aurait pas perdu sa nationalité; on comprendrait que la justice française refusât de reconnaître en France la validité de ce mariage. Telle est l'espèce sur laquelle est intervenu un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1845 (Dalloz, *Rec. pér.*, 46, 1, 7), qui, sans être à l'abri de toute controverse, peut se justifier par de sérieuses raisons.

Digitized by Google

Cour de cassation, intenter ou suivre en France contre lui sa demande en séparation de corps, et réclamer en Suisse, conformément aux traités de 1828 et de 1869, l'exécution des condamnations qu'elle aurait pu faire prononcer en France.

Un tel conflit peut certainement être le résultat forcé de l'indépendance respective des nations, puisqu'il n'existe aucune juridiction qui puisse, procédant par voie de règlement de juges, déférer à un seul et même tribunal les litiges, identiques ou simplement connexes, dont les tribunaux de deux pays différents se trouvent saisis. Le conflit est plus grave encore lorsque ces tribunaux appartiennent à des États dont la législation renferme la disposition exorbitante écrite dans l'article 14 de notre Code civil[1]. Mais, même en faisant abstraction de cette dernière hypothèse, il est facile d'apercevoir les inconvénients pratiques qu'entraîne, eu égard au développement croissant des relations internationales, cette possibilité de décisions contradictoires. et le besoin d'obvier à ces inconvénients ou de les atténuer explique les traités du genre de ceux qui existent entre la France et la Suisse. Ces traités, dans l'espèce, s'ils avaient reçu l'application pure et simple que leur texte comportait, auraient levé ou prévenu toute difficulté. L'action intentée par la dame R... contre son mari était en effet une action *personnelle :* elle devait donc, aux termes de l'article 1er du traité du 15 juin 1869, être portée devant les tribunaux suisses, de même que, si les deux époux avaient été Suisses d'origine et si R... s'était fait naturaliser Français après son mariage, sa femme, fût-elle demeurée Suisse, aurait dû former devant les tribunaux français les actions personnelles ou mobilières qu'elle aurait pu avoir à exercer contre son mari. La compétence établie par le traité de 1869 est même assimilée à la compétence *ratione materiæ ;* car elle doit être appliquée d'office par les tribunaux respectifs (art. 11 du traité précité).

III. On a, il est vrai, soutenu que l'article 1er du traité du 15 juin 1869 a exclusivement en vue les procès d'intérêt

[1] Cet article se ressent d'un temps où, comme dans l'ancienne Rome, *étranger* était synonyme d'*ennemi*, et nous regrettons, quant à nous, que notre législation ne se soit pas encore approprié la règle contraire, posée notamment par le Code civil italien de 1865.

Digitized by Google

pécuniaire autres que les revendications d'immeubles et qu'il ne s'applique pas aux contestations qui concernent l'état des personnes. Mais, s'il n'avait que cette portée, il se serait borné à mentionner les litiges civils et commerciaux; il n'y aurait pas ajouté, par une disposition distincte et générale, les actions *personnelles;* il se serait, en d'autres termes, approprié la rédaction des actes qui font la distinction dont il s'agit, notamment de la convention diplomatique qu'a rendue exécutoire en France la loi du 17 décembre 1875, relative à la réforme judiciaire en Égypte. L'article 9 de cette convention porte que les tribunaux mixtes qu'elle institue connaîtront seuls de toutes les contestations en matière civile et commerciale entre indigènes et étrangers et entre étrangers de nationalités différentes, *en dehors du statut personnel.* L'exception peut donc être faite, mais elle doit l'être par la convention elle-même, et il n'appartient point au juge de l'introduire dans un texte qui ne la contient pas.

Le juge peut d'autant moins l'introduire que les raisons ne manqueraient pas, sinon pour la repousser absolument, du moins pour la limiter. Plaçons-nous en dehors des cas de fraude; supposons un Français marié qui va se faire naturaliser en Suisse, ou un Suisse marié qui vient se faire naturaliser en France, par les motifs les plus légitimes et avec une entière bonne foi; puis supposons que, plusieurs années après cette naturalisation et après le changement effectif du domicile, la femme, demeurée Française ou Suisse[1], veuille intenter contre son mari une demande en séparation de corps; n'y aura-t-il pas pour elle, malgré la conservation de sa nationalité originaire, un intérêt évident à plaider dans le pays du domicile commun, dans la localité qu'habiteront les témoins à entendre, devant les juges qui connaîtront ou pourront connaître les faits et les parties? La question n'est donc pas, on le voit, aussi simple qu'elle paraît l'être, et, en l'état, le texte qui nous occupe ne laisse pas place à l'interprétation.

Ce point, du reste, n'a donné lieu à aucune contradiction

[1] En Suisse, la naturalisation du mari entraîne habituellement celle de la femme, mais il n'en était pas ainsi jusqu'à ce jour dans tous les cantons qui, avant 1874 (voir ci-après), réglaient seuls les conditions de la naturalisation.

Digitized by Google

devant la Cour de cassation, et cette Cour n'a, en aucune façon, méconnu le sens manifeste du traité de 1869 : elle n'en a écarté ici l'application que par deux motifs, tirés, l'un d'une fraude à la loi française, l'autre d'une fraude aux droits de la dame R...

IV. En ce qui concerne le premier de ces motifs, je n'hésite pas à penser, comme j'ai eu l'occasion de le dire devant la chambre des requêtes et comme la chambre des requêtes a paru l'admettre, qu'il n'a absolument aucune valeur. L'homme qui quitte sa patrie pour en adopter une autre peut être et est souvent amené à cette détermination par la perspective de certains avantages que sa loi d'origine ne lui présente pas, et qu'il trouvera sous une loi nouvelle : en cela il use d'un droit incontestable, au moins quand son pays natal n'interdit pas l'abdication de la nationalité originaire; et, alors même que sa conduite pourrait être plus ou moins sévèrement appréciée au point de vue moral, il ne manque à aucun de ses devoirs légaux en allant vivre sous une loi qu'il préfère à celle de sa naissance. A peine est-il besoin d'excepter de cette proposition le cas où l'on irait demander à une loi arriérée ou barbare la possibilité de commettre des faits qui seraient illicites dans tous les pays civilisés; mais le cas est bien rare et n'a rien de commun avec ceux qui se présentent habituellement. Supposez, par exemple, un individu qui, craignant de ne pas rencontrer ou de ne plus rencontrer dans un certain régime la sécurité de ses croyances religieuses, se décide à demander à une autre nationalité la satisfaction de ce grand intérêt : certes il fera à sa loi primitive un grave reproche, et pourtant nul n'oserait soutenir que sa naturalisation doit être non avenue aux yeux de cette loi. Supposez un individu qui, persuadé, à tort ou à raison, de la vénalité des juridictions de son propre pays, se détermine par ce motif à solliciter la naturalisation française; le pays qu'il aura quitté serait-il donc fondé à réputer frauduleuse et non avenue cette naturalisation? Supposez encore l'habitant d'une contrée dont la législation civile rangerait parmi les empêchements au mariage la disparité des situations sociales ou la différence des cultes, ainsi qu'il en existe des exemples dans quelques États allemands (Lehr., *Éléments du droit civil germanique*, p. 316); il

Digitized by Google

n'y aurait évidemment rien d'illicite, il n'y aurait évidemment aucune fraude à demander la naturalisation chez une autre nation, pour arriver à contracter un mariage que les lois de cette nation permettraient.

Eh bien! il en est de même du divorce. Assurément je suis de ceux qui se félicitent de ce que le divorce n'existe plus dans la loi française; mais enfin on ne peut pas faire aux auteurs du Code civil l'injure de les considérer comme ayant introduit ou maintenu dans ce Code une institution qui serait condamnée par la morale universelle; on ne peut pas davantage faire cette même injure aux nations, aujourd'hui si nombreuses, qui admettent le divorce, et il me suffit de me référer, sur ce point, aux conclusions déjà rappelées de M. le procureur général Dupin.

Ce n'est pas tout. Si le Français commet une fraude envers la loi française, en se faisant naturaliser, pour arriver au divorce, dans un pays qui admet cette institution, il faudra donc dire que l'habitant de ce dernier pays commettrait une fraude envers sa loi nationale en obtenant, pour rendre son mariage indissoluble, la naturalisation dans un pays qui, comme la France, exclura le divorce; il faudra dire que la Suisse, par exemple, aura le droit de considérer comme frauduleuse à son égard la naturalisation obtenue en France par un Suisse, qui enlèverait ainsi à sa femme, Suisse comme lui, la faculté de divorcer. La conséquence serait forcée; nous ne voyons pas comment on l'éviterait; nous ne voyons pas non plus comment on peut justifier le système qui la produit.

Le premier des deux motifs de l'arrêt du 19 juillet 1875 ne résiste donc pas à la discussion.

V. Il n'en est pas de même du second; il suffisait parfaitement pour justifier l'arrêt intervenu, et qui cependant, en dehors de l'espèce elle-même, peut appeler certaines explications.

En thèse générale, il me paraît incontestable que la naturalisation ne peut nuire aux droits privés antérieurement acquis, et qu'elle ne saurait, notamment, avoir pour effet de modifier frauduleusement, au détriment d'une partie, l'ordre des juridictions relativement à un litige déjà engagé. Il y aurait également lieu, selon moi, d'étendre cette

Digitized by Google

solution au cas où un individu, prévoyant avec certitude l'action dont il va être l'objet, voudrait échapper à la compétence des tribunaux de son pays d'origine, et parviendrait à obtenir la naturalisation étrangère avant que cette action fût effectivement introduite : là encore la constatation de la fraude devrait en empêcher le succès. Sous ce rapport et dans ces limites, l'arrêt rendu dans l'espèce, par la Cour de cassation, semble donc à l'abri de toute critique.

Mais il ne faudrait pas en exagérer la portée et l'entendre en ce sens que la naturalisation, obtenue sans fraude par le mari, ne pourrait porter aucune atteinte à la situation légale faite aux époux, et spécialement à la femme, par la loi sous l'empire de laquelle ils se sont mariés. Une loi nouvelle peut, par exemple, établir ou rétablir le divorce, ou à l'inverse supprimer le divorce précédemment permis : cette loi nouvelle s'imposera aussi bien aux mariages contractés qu'aux mariages futurs, sans qu'il y ait à parler de droits acquis[1], sans que ni l'un ni l'autre des époux déjà mariés puisse prétendre qu'il avait un droit acquis à l'exercice éventuel de la faculté de divorcer, ou bien à l'indissolubilité de l'union conjugale. Il en est de même du fait du mari, si ce fait, nous le répétons, est exempt de fraude. Un Français peut se faire naturaliser dans un pays dont la loi donne à la puissance maritale une étendue plus grande que celle qui est attribuée à cette puissance par la loi française; la femme demeurera Française si elle ne se fait pas naturaliser avec son mari; mais, obligée de le suivre en pays étranger, elle sera désormais soumise, pour les actes de sa vie civile, à la loi nouvelle de son mari[2].

Je n'irais certainement pas jusqu'à décider que le Français qui se ferait naturaliser dans un pays musulman ou chez les Mormons, c'est-à-dire dans un pays de polygamie,

[1] Voir, en ce sens, les judicieuses observations de M. Labbé dans la dissertation qu'il a donnée au Recueil de Sirey (76, 1, 289) sur l'arrêt du 19 juillet 1875.

[2] C'est ce qu'a reconnu l'arrêt ci-dessus cité de la Cour de cassation du 16 décembre 1845, dans lequel on lit : « Que, s'il est permis aux citoyens « français de se faire naturaliser en pays étranger *et même d'y emmener leurs « femmes françaises pour les y soumettre aux lois du pays qu'ils adoptent*, « cette règle... reçoit exception lorsque le mari ne fait usage de l'autorité « maritale que pour rompre les liens conjugaux, etc. »

Digitized by Google

pourrait imposer ultérieurement à sa femme, demeurée Française, l'obligation d'accepter en France (s'il y revenait) cette promiscuité. Mais, en dehors de ce cas exceptionnel, le principe demeure constant; il faut, en d'autres termes, reconnaître que la naturalisation du mari, obtenue sans fraude, peut et doit influer sur la situation légale de la femme, et je me borne à constater que, si l'arrêt du 19 juillet 1875 n'a pas expressément renouvelé à cet égard la réserve consignée dans celui du 16 décembre 1845, il l'a implicitement maintenue en n'empruntant qu'à la fraude les motifs de sa décision.

VI. A côté et peut-être au-dessus de ces questions, l'affaire qui les a soulevées en provoquait d'autres qui n'étaient pas moins dignes d'intérêt. La prétention de R..., en supposant qu'elle fût sérieuse et de bonne foi, ne pouvait être accueillie par la justice française qu'à une double condition; il fallait que R... établît devant le tribunal français dont il déclinait la compétence : 1° qu'il était devenu Suisse d'après la loi suisse; 2° que, de plus, il avait en même temps perdu et complétement perdu la qualité de Français. Ces deux questions, il importe de le remarquer, étaient ou pouvaient être distinctes : la première ne comprenait pas nécessairement la seconde; la solution affirmative de la première n'aurait pas nécessairement entraîné la solution affirmative de la seconde. Chaque nation, en effet, règle souverainement les conditions soit de l'acquisition, soit de la perte de sa nationalité. Tel pays peut se montrer coulant et large en ce qui touche la naturalisation des étrangers; tel autre peut se montrer difficile et rigoureux en ce qui touche la perte de la nationalité résultant de la naissance ou d'un fait postérieur. Cette situation respective a été longtemps et est encore, dans une certaine mesure, celle de l'Angleterre et des États-Unis : longtemps l'Angleterre s'est refusée, d'une manière à peu près absolue, à admettre que l'Anglais pût cesser de l'être [1], tandis que les États-Unis accordaient la naturalisation avec une extrême facilité [2], et de là il résul-

[1] Cet état de choses a été changé par un bill du 12 mai 1870 (*Annuaire de législation étrangère*, 1re année, p. 6 et s.).

[2] Aujourd'hui, du reste, les progrès de l'immigration chinoise en Californie appellent l'attention des États-Unis sur ce point.

Digitized by Google

tait que le même individu pouvait se trouver Américain aux yeux de la loi américaine et demeurer Anglais aux yeux de la loi anglaise. Il en est de même entre d'autres nations, et, par exemple, alors que l'article 10 de notre Code civil déclare que *l'enfant né en pays étranger d'un Français est Français*, l'enfant né en pays étranger, quelle que soit la nationalité de son père, est considéré par diverses législations comme appartenant au pays dans lequel il est né : il peut donc tout à la fois être Français aux yeux de la France, étranger aux yeux de la loi étrangère.

De telles complications pourraient assurément, dans certaines circonstances, donner lieu à de graves difficultés, soit au point de vue du service militaire, soit à d'autres égards. Toutefois, dans l'état ordinaire et normal des rapports internationaux, la sagesse des gouvernements s'étudie et parvient habituellement à prévenir ces difficultés, en s'assurant que l'individu qui demande la naturalisation est libre de tous liens envers sa première patrie. Dans l'espèce même, le grand conseil du canton de Schaffhouse, avant de naturaliser R..., lui avait imposé l'obligation de justifier de sa libération de tout lien envers l'État français (*Entlassung aus dem französischen Staatsverbande*), et il la lui avait imposée en vertu de l'article 43 de la Constitution fédérale de 1848, qui régissait alors la Suisse, et qui était ainsi conçu : « Les étrangers ne « peuvent être naturalisés dans un canton qu'autant qu'ils « sont affranchis de tout lien envers l'État auquel ils appar- « tenaient. »

En France, les lois de la matière ne subordonnent pas à la même condition la naturalisation des étrangers. Mais, en fait, le ministère de la justice y veille et y tient la main, alors du moins qu'il est en présence d'étrangers appartenant à un pays vis-à-vis duquel il peut exiger cette justification.

Quoi qu'il en soit, toujours est-il qu'il ne faut pas confondre l'acquisition d'une nationalité étrangère et la perte de la nationalité originaire. La première ne peut évidemment être régie que par la loi étrangère, et dès lors c'est uniquement aux déclarations de l'autorité étrangère qu'il faut demander la preuve de ce fait. Supposons qu'un étranger, Suisse ou autre, eût obtenu en France des lettres de

Digitized by Google

naturalisation, qu'ensuite il eût besoin d'exciper de sa nationalité nouvelle devant les tribunaux ou les autorités de son ancienne patrie et qu'il en justifiât par une attestation de notre ministre de la justice, il est hors de doute que ces tribunaux ou ces autorités, en l'absence de conventions diplomatiques qui auraient déterminé la nature et la forme des preuves à produire, ne seraient pas recevables à contester la sincérité et la force probante d'une telle attestation. S'il en est ainsi, nous devons traiter les pouvoirs étrangers comme nous aurions le droit et le devoir de demander à être traités par eux; les règles de la réciprocité l'exigent de la façon la plus absolue.

Cela posé, et en présence des documents suisses qui leur étaient soumis, les tribunaux français auraient manifestement excédé les limites de leur compétence s'ils avaient refusé de reconnaître que R... avait acquis la nationalité suisse. Ajoutons seulement en passant qu'il convenait moins à la France qu'à personne de critiquer la facilité avec laquelle certains cantons suisses accordaient alors la naturalisation : car cette facilité a servi à un grand nombre de nos frères regrettés de l'Alsace et de la Lorraine, sinon pour décliner toujours avec succès, du moins pour tenter de décliner la nationalité allemande, que la force, primant le droit et leurs sentiments, les a récemment condamnés à subir. Ajoutons également que cet état de choses a cessé ou va cesser d'exister en Suisse : le règlement de la naturalisation, qui était alors dans le domaine des cantons (sauf l'article 43 ci-dessus cité de la Constitution de 1848), a été attribué à la législation fédérale par l'article 44 de la Constitution de 1874, dont le 2e paragraphe dispose que « la législa-« tion fédérale déterminera les conditions auxquelles les « étrangers peuvent être naturalisés, ainsi que celles aux-« quelles un Suisse peut renoncer à sa nationalité pour obtenir « la naturalisation dans un pays étranger. »

R... devait donc être tenu pour Suisse, et, au surplus, ni la Cour de Toulouse ni la Cour de cassation ne lui ont contesté cette qualité. »

VII. Mais, cela admis, tout n'était pas dit pour R... : il lui restait à établir, pour se soustraire à la compétence de la juridiction française, qu'en acquérant une nationalité

Digitized by Google

étrangère il avait en même temps perdu la qualité de Français.

Sous l'empire du Code civil, cette seconde question n'en aurait pas été une. L'article 17 de ce Code porte en effet, dans son premier paragraphe, que la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger, et il ne soumet point l'acquisition de cette naturalisation à l'autorisation préalable du gouvernement français. Alors même que ce silence de la loi serait le résultat d'une inadvertance, la jurisprudence ne pourrait évidemment y suppléer. Tel n'est pas, au surplus, le cas; le deuxième paragraphe du même article exige, dans l'hypothèse qu'il prévoit, l'autorisation du gouvernement; c'est donc bien sciemment que le premier ne l'a pas exigée, et les discours prononcés dans la discussion de ce titre du Code par les orateurs officiels, ne laissent aucun doute à cet égard. Au point de vue législatif, d'ailleurs, ce système se justifie par les plus solides et les plus hautes raisons : une nation n'a aucun intérêt à retenir et n'a pas même les moyens de retenir dans son sein ceux de ses enfants qui veulent la quitter, et ni son prestige ni l'attraction qu'elle peut exercer ne s'accroissent par des mesures du genre de celles que le premier Empire, dérogeant malheureusement aux inspirations du Consulat, a consignées dans ses tristes décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811.

Mais enfin l'article 1er de ce second décret a disposé qu'aucun Français ne pourrait être naturalisé sans l'autorisation du gouvernement, et de là naît pour le juge la nécessité de se demander : 1° si ce texte est encore en vigueur; 2° en cas d'affirmative, si le Français qui se fait naturaliser en pays étranger sans l'autorisation du gouvernement demeure Français, ou si ce défaut d'autorisation n'a d'autre conséquence que de lui faire encourir les déchéances et les pénalités établies par le décret dont il s'agit.

Le premier de ces deux points pourrait être discuté; toutefois, sans entrer ici dans cette controverse, j'admets, au moins hypothétiquement, que le décret du 26 août 1811 est encore en vigueur dans celles de ses dispositions qui ne sont pas devenues incompatibles avec la législation postérieure, notamment avec l'abolition de la confiscation. Mais, sur le second point, je n'hésite pas à penser que le Français qui se

Digitized by Google

fait naturaliser, même sans autorisation, en pays étranger, perd la qualité de Français par cette naturalisation.

Un homme qui devait connaître la pensée du décret de 1811, à l'élaboration duquel il avait pu concourir dans le Conseil d'État, Merlin, s'en est exprimé ainsi (*Répertoire*, v° FRANÇAIS) :

« Depuis le décret du 26 août 1811, le Français *qui a cessé* « *de l'être*, soit pour s'être fait naturaliser, soit pour avoir « pris du service chez l'étranger, sans l'autorisation du gou- « vernement, n'a plus, comme les étrangers de naissance, le « choix entre les divers moyens que le droit commun leur « ouvre pour devenir Français. Il ne lui reste, *pour en recou-* « *vrer la qualité*, d'autre voie que d'obtenir des lettres de « relief accordées en Conseil privé comme les lettres de « grâce; c'est la disposition expresse des articles 12 et 15 de « ce décret. »

Pour en recouvrer la qualité, donc il l'a perdue ; il n'aurait pas à la recouvrer s'il l'avait conservée.

Un autre jurisconsulte, qui a passé la plus grande partie de sa carrière au ministère de la justice, où il a longtemps été chef du service des naturalisations, M. Alauzet, expose la même doctrine (*De la qualité de Français et de la naturalisation*, p. 37) :

« L'article 17 du Code civil, dit-il, parle (dans son premier « paragraphe) de la naturalisation acquise en pays étranger « d'une manière générale et sans distinguer entre les Fran- « çais..... qui auraient demandé au gouvernement français « une autorisation spéciale à cet effet, et ceux qui n'auraient « pas accompli cette formalité. — L'autorisation accordée « par le gouvernement à un Français de se faire naturaliser « en pays étranger, est une création du décret du 26 août « 1811; on a souvent mis en question s'il devait être regardé, « ainsi que celui du 6 avril 1809, comme étant encore en vi- « gueur..... Je n'ai nullement l'intention d'approfondir cette « question : le plan que je me suis tracé ne m'y oblige pas. « Je me borne à rappeler que les autorisations de se faire « naturaliser sont encore, selon les cas, délivrées par le « gouvernement, mais qu'un pareil acte, s'il a pour effet « d'exempter celui qui l'a obtenu des peines édictées par une « législation spéciale, le laisse, quant à la perte de la qualité

Digitized by Google

« de Français, dans une position identique à celle où se « trouverait à cet égard tout autre Français, etc. »

Telle paraît être enfin la jurisprudence du ministère de la justice et du ministère des affaires étrangères. On sait que certains pays, notamment la plupart des cantons suisses, l'Allemagne du Nord[1], etc., admettent que l'étranger qui se fait naturaliser acquiert de plein droit sa nouvelle nationalité, non-seulement pour lui, mais pour sa femme et pour ses enfants encore mineurs, tandis que chez nous il est de principe que le Français qui se fait naturaliser en pays étranger ne perd que sa propre nationalité. De là il est résulté que la France a plusieurs fois revendiqué, pour le service militaire, les enfants d'anciens Français qui s'étaient fait naturaliser en pays étranger, en même temps que ces enfants étaient revendiqués, pour le même service, par le pays qui les considérait comme lui appartenant désormais par la naturalisation de leur père. Le gouvernement français n'a toutefois pas eu l'occasion de soulever ou bien il a eu la prudence de ne pas soulever la difficulté vis-à-vis de l'Allemagne du Nord; mais il l'a soulevée vis-à-vis de la Suisse, et une longue correspondance s'est engagée deux fois à ce sujet entre les deux pays : le *Livre jaune* de 1872-1873 en a publié les documents. Cette publication a constaté que la France, en maintenant constamment le principe que nous venons de rappeler, quant aux enfants mineurs et quant aux femmes mariées, en persistant à les considérer comme étant demeurés Français, tant qu'ils n'avaient pas personnellement et valablement abdiqué cette nationalité, n'a jamais contesté la validité de la naturalisation obtenue par le père ou par le mari pour lui-même, encore bien qu'il l'eût obtenue sans réclamer l'autorisation du gouvernement français (qui, en fait, est bien rarement sollicitée).

C'est en ce sens que doit, selon moi, être entendu l'article 1er du décret du 26 août 1811, si l'on admet que sa disposition est encore susceptible de recevoir quelque application, et de là il suivrait que si, dans l'espèce, la naturalisation de R... n'avait pas été demandée et obtenue *en fraude* de droits

[1] Voir l'article 11 de la loi allemande du 1er juin 1870 (*Annuaire de législation étrangère*, 1re année, p. 185).

Digitized by Google

acquis à sa femme, cette naturalisation lui aurait donné le droit d'invoquer la jurisprudence établie par l'arrêt ci-dessus cité du 28 février 1860 [1].

VIII. Sans contester directement cette jurisprudence, un jurisconsulte éminent, M. Labbé, a cependant proposé (dans la dissertation déjà citée) de la limiter par une distinction entre l'étranger d'origine et l'étranger devenu tel par naturalisation : selon lui, le mariage contracté en France par des époux français ne peut, même après la naturalisation du mari en pays étranger, être dissous, vis-à-vis de la femme demeurée Française, que d'après les règles de la loi française. On se rend aisément compte du sentiment qui a inspiré cette doctrine; elle me paraît cependant difficile à admettre. Sa base juridique, en effet, repose sur cette idée que la nationalité acquise ne doit pas être assimilée à la nationalité originaire, et que l'individu qui a régulièrement cessé d'appartenir à un certain pays demeure encore soumis aux lois ou à certaines lois de ce pays. Or, il est d'abord facile d'apercevoir les conflits qu'une telle prétention ne saurait manquer de soulever; la France ne peut évidemment pas espérer que la nation qui aura adopté un nouveau citoyen consentira à le regarder encore comme étranger. En elle-même, d'ailleurs, la restriction qu'il s'agirait d'apporter ainsi aux effets de la perte de la qualité de Français ne semble pas justifiée : depuis la loi du 29 juin 1867, qui a supprimé définitivement les lettres de grande naturalisation, la législation française ne fait aucune différence entre la nationalité acquise et la nationalité originaire; elle les place l'une et l'autre sur la même ligne [2]. La nature des choses et l'inté-

[1] Il n'est pas sans intérêt de remarquer que cet arrêt a mis sur la même ligne les divorces prononcés en France avant la loi du 8 mai 1816 et les divorces régulièrement prononcés à l'étranger. Si donc, depuis cette loi, le Français divorcé avant 1816 a conservé la faculté de se remarier, même du vivant de son premier conjoint, on ne voit pas comment et pourquoi le Français devenu étranger et divorcé dans sa nouvelle patrie n'aurait pas la même faculté. S'il fallait faire une différence entre les deux situations, ce serait plutôt celle du Français demeuré Français qui devrait faire obstacle, depuis 1816, à un nouveau mariage.

[2] Tel paraît être aussi le droit commun de l'Europe à cet égard. L'article 10 de la loi allemande ci-dessus citée du 1er juin 1870 dispose que l'acte de naturalisation confère, à partir du jour de sa délivrance, tous les droits

Digitized by Google

rêt politique commandent enfin cette assimilation : tout en soumettant la naturalisation à des conditions plus ou moins sévères, le législateur de tout pays doit tenir à attirer ceux qui remplissent ces conditions, il doit tenir à leur en assurer les avantages, et il discréditerait lui-même l'acquisition de sa nationalité s'il la frappait de défaveur en même temps qu'il l'accorderait.

Peu importe que l'intérêt de la femme demeurée Française puisse recommander cette distinction. Lorsque la naturalisation du mari en pays étranger est exempte de fraude, il n'y a aucune raison pour sacrifier son propre intérêt à celui de sa femme et il faut alors s'en tenir aux règles ordinaires de la compétence. On comprendrait une législation qui subordonnerait au consentement commun des deux époux la naturalisation que le mari[1] voudrait poursuivre, après le mariage, en pays étranger. Mais, en l'absence d'une telle disposition, cette naturalisation doit forcément produire les effets légaux qu'entraîne tout changement de nationalité.

Il y en a, du reste, une dernière raison. La justice française n'admettrait sans doute pas le Suisse qui se serait fait naturaliser Français à soutenir que le mariage par lui contracté en Suisse avant cette naturalisation doit continuer à être régi, pour sa dissolution, par la loi suisse et que, par suite, chacun des époux conserve la faculté de demander le divorce; elle ne peut pas, dès lors, contester à la naturalisation suisse un effet qu'elle devrait et saurait certainement faire produire à la naturalisation française. Cette observa-

impose toutes les obligations résultant de la nationalité d'état, c'est-à-dire de la nationalité originaire. L'article 7 du bill anglais également précité porte que l'étranger qui aura obtenu le certificat de naturalisation en Angleterre jouira des mêmes droits, politiques ou autres, que le citoyen d'origine, pourvu qu'il soit considéré comme sujet britannique dans sa patrie d'origine. L'article 10 du Code civil italien de 1865 confère aussi *le droit de cité*, sans restriction, à l'étranger naturalisé, etc.

[1] Je dis *du mari :* je pense, en effet, que la femme française non séparée de corps ne peut pas se faire naturaliser en pays étranger sans l'autorisation de son mari, et je ne veux rien préjuger sur la question, si fort agitée dans ces derniers temps et qui a été si remarquablement discutée par M. Labbé dans un autre travail, de savoir si la femme française, séparée de corps, peut se faire naturaliser en pays étranger sans cette autorisation.

Digitized by Google

tion, qui doit toujours dominer la solution des questions de droit international privé, est souvent perdue de vue; trop souvent ces questions sont appréciées sans une préoccupation suffisante de leur caractère et de la stricte réciprocité qu'elles exigent. Restreindre par l'interprétation, au profit de la juridiction française, l'application des traités dont l'étranger réclame en France le bénéfice, c'est autoriser et presque inviter la juridiction étrangère à enlever au Français à l'étranger la protection de ces mêmes traités.

E. REVERCHON.

DE LA NATURE DES REPRISES DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET CODE CIVIL.

Par M. A. Esmein, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Il est dans tout le droit peu de matières plus fécondes en controverses que la théorie des reprises sous le régime de la communauté. Il semble que sur ce terrain dès qu'une difficulté est tranchée il en naisse une autre. Par son arrêt solennel du 16 janvier 1858, la Cour de cassation a fixé définitivement le droit sur un point. Elle a décidé que, mise en face des créanciers de la communauté, la femme, qui exerce ses reprises, agit comme simple créancière et non point comme propriétaire; et cette solution est aujourd'hui universellement admise tant par la jurisprudence que par la doctrine. Mais la dispute a recommencé d'un autre côté. Dans ses rapports avec les créanciers de la communauté, la femme n'est que créancière, soit : mais dans les rapports des époux entre eux, à quel titre s'exercent les reprises? Est-ce toujours à titre de créance, ou plutôt en vertu d'un droit de copropriété dans une masse indivise, d'après un droit plus fort dans la communauté, pour employer l'expression de Pothier? Voilà ce que l'arrêt du 16 janvier 1858 n'a pas décidé; et sur ce point les auteurs et les Cours d'appel restent divisés.

Pour les reprises de la femme, il est deux cas où la ques-

Digitized by Google

tion ne se présente pas : c'est lorsqu'elle a renoncé, ou, qu'ayant accepté, elle est obligée de s'en prendre aux biens du mari, les biens communs étant insuffisants. Dans ces hypothèses, elle ne peut se présenter que comme créancière. Elle a toujours été étrangère aux biens du mari, et par sa renonciation elle est devenue étrangère à ceux de la communauté. C'est donc seulement lorsque la femme accepte une communauté suffisante que la difficulté se pose. Mais dans ce cas la solution dans un sens ou dans l'autre entraîne les conséquences les plus opposées et les plus graves. Nous aurons plus tard à déduire ces conséquences, mais tout d'abord indiquons une situation qui a mis constamment les deux théories en présence, dès que notre question a pu naître : c'est l'hypothèse où l'un des époux meurt, laissant des successeurs à différents biens, un successeur aux meubles et un autre aux immeubles. Cela est facile à saisir. Si les reprises sont une pure créance d'une somme d'argent, le bénéfice en sera toujours dévolu à celui-là seul qui recueille tous les meubles de l'époux créancier; et de même elles seront supportées *pro modo emolumenti* par tous les successeurs à titre universel de l'époux débiteur, quelle que soit la nature des biens recueillis par eux. Si elles sont au contraire un prélèvement opéré en vertu d'un droit de copropriété, elles forment un droit mobilier ou immobilier suivant la nature des biens prélevés, et la question de dévolution est tranchée par là même : voilà pour les successeurs de l'époux qui a droit aux reprises. Quant aux successeurs de l'autre conjoint, aucune question de contribution aux dettes ne saurait s'élever entre eux : par le prélèvement, la communauté aura été simplement diminuée d'autant.

Nous avons indiqué cette hypothèse parce que c'est sur elle que, dans notre ancien droit, se posait surtout notre question. Et nous voudrions rechercher s'il n'y a pas une tradition historique certaine, qui puisse projeter une vive lumière sur les dispositions du Code civil. La connaissance du droit ancien jusqu'à son dernier état éclairera peut-être les décisions qu'a données le législateur moderne, et donnera aux termes employés par lui leur sens exact et leur portée véritable.

Digitized by Google

I

La question ne semble pas remonter très-haut dans l'ancien droit. Sous l'empire de l'ancienne coutume de Paris, formant le droit commun de la France, tous les meubles tombaient irrévocablement en communauté, même ceux produits par la transformation en argent d'un immeuble propre. Aucun remploi n'était dû s'il n'était stipulé dans le contrat de mariage, ou du moins lors de l'aliénation [1]. Dans cette hypothèse d'une stipulation spéciale, si le remploi avait été effectivement opéré pendant le mariage, point de difficulté. Il y avait subrogation réelle d'un propre à un autre, et juridiquement le bien acquis en remploi n'était jamais entré dans la communauté. Mais si le remploi, bien que stipulé, n'avait pas été opéré, la difficulté qui nous occupe n'allait-elle pas forcément se présenter? Non, la clause de remploi n'était pas pure et simple. Elle était généralement accompagnée d'une *assignation*, soit sur les conquêts, soit sur les propres du mari. Voici un exemple de cette stipulation. « Estant convenu par le contract de mariage que si le mari vend des biens propres de sa femme, il sera tenu de le remployer en acquisition d'héritages qui seront propres à sa dicte femme, et s'il ne fait ledict remploy, lui assigne iceluy sur tout et chacun des héritages et biens immeubles et l'un d'iceux tel que sa femme voudra choisir, à la charge de le pouvoir racheter par ses héritiers en rendant la somme pour laquelle les biens de la dicte femme auront été vendus, un an après la dissolution du mariage [2]. » La femme avait alors bien plus qu'une créance, elle avait un droit exclusif, un droit de propriété : ce droit était sans contredit immo-

[1] Pothier, *Communauté*, n° 585.

[2] Charondas, *Réponses du droit français*, liv. VII, n° 46. Cf. Coutume de Bretagne, art. 422 : « Les deniers dotaux baillés avec promesse d'asseoir ou de rendre n'entrent en communauté, et s'il y a promesse d'*assiette*, elle sera faite et préalablement prise sur le tout des acquêts, d'autant qu'ils en pourront porter. » — V. Coutumes du Nivernais (Des droits appartenant à gens mariés, art. 12) : « Le mari, ses héritiers et ayants cause peuvent ravoir quand bon leur semble durant trente ans, les héritages sur lesquels ont été assignés les deniers du mariage de la femme, sortissant nature d'héritage, en payant le prix pour lequel ils ont été assignés et les loyaux frais. »

Digitized by Google

bilier, et la charge de remploi ne pesait que sur ceux des héritiers du mari qui auraient recueilli les immeubles assignés.

Mais la clause d'assignation pouvait manquer : et plus tard, après la réforme de 1580, l'article 232 de la nouvelle coutume de Paris établit un droit nouveau, et admit le remploi bien que non stipulé, « la coutume, qui est une mère provide et indulgente suppléant à qui est obmis par les contractants [1] ». Quelle était alors la nature de l'action en remploi?

D'abord on trouva tout naturel de sous-entendre une assignation faite au profit de la femme sur tous les conquêts ou sur les propres du mari. Ceci nous est indiqué par Brodeau, qui nous apprend qu'il y a « quelques anciens arrêts et particulièrement un donné en la coutume de Senlis le mercredi 30 mars 1605 qui a jugé que le remploy est une debte immobiliaire qui doit estre acquittée par les héritiers immobiliaires du mari [2] ». Voici un témoignage encore plus explicite : « Dans les premiers temps les acquêts de la communauté étaient tellement affectés au remploi de la femme que l'ancienne jurisprudence des arrêts était qu'ils lui appartenoient de plein droit pour ses remplois [3]. » C'était là tout simplement le système qu'on a fait revivre de nos jours et qu'a condamné l'arrêt solennel de 1858. Le droit de la femme planait sur tous les conquêts, et il y avait une subrogation réelle, substituant au propre aliéné le conquêt attribué à la femme.

Mais cette théorie ne devait pas triompher, pas plus à cette époque que de nos jours. « On s'en est départi, dit encore Pocquet de Livonière, pour l'intérêt de la femme et à cause des inconvénients [4]. » Et ce revirement était aussi fondé en droit. On vit bien qu'il y avait là une subrogation réelle tacite ; les jurisconsultes et les arrêts opposèrent victorieusement à cette doctrine la maxime : *in judiciis singularibus pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii,* à laquelle la

[1] Brodeau sur Louet, lett. R, n° 30.
[2] *Loc. cit.*
[3] Pocquet de Livonière, *Traité des fiefs,* liv. III, ch. v, sect. 3.
[4] *Loc. cit.*

Digitized by Google

loi ou la convention seules pouvaient apporter exception. « Il n'y a pas de subrogation des acquêts pour les propres vendus : *nullum subrogatum nisi a lege aut a conventione, nullum tertium* », disait Charondas [1]. « Conquests ne peuvent être pris pour remploy, il n'y a que la répétition du prix, arr. 30 mai 1603, s'il n'est expressément déclaré par le contrat d'aliénation que le prix sera employé en autres héritages qui seront de pareilles nature et qualité, et dans le contrat d'acquisition qu'elle est faite de deniers de l'aliénation, parce que les subrogations sont de droit étroit [2]. »

En rejetant cette théorie de la subrogation réelle tacite la jurisprudence du XVIIe siècle adopta la théorie directement opposée. Elle ne considéra plus les reprises que comme un droit de créance : c'est la même évolution qui s'est reproduite de nos jours. Les auteurs sont formels : « A l'égard de la femme et de ses héritiers, quand les biens de la communauté sont suffisants pour le remploy, la dette est purement et absolument mobiliaire. C'est une action pour la répétition et reprise du prix de la vente sur tous les biens de la communauté, laquelle ne va point à la vendication de la chose due, suivant ledit article 232 de la coutume de Paris, et conséquemment elle est de nature mobiliaire : *actio enim ad mobile censetur mobilis* [3]. » A côté du principe, viennent se ranger ses conséquences régulièrement tirées. Ainsi on décide que la dette des reprises due aux héritiers de sa première femme par un mari qui convole entre toujours dans sa seconde communauté [4]. Ainsi encore on reconnaît que la femme, pour se couvrir de ses reprises, n'est point tenue de prendre des biens de communauté en nature, elle peut réclamer des deniers : « Jugé que le remploy dû *a lege* doit se faire des deniers seulement et non des acquêts [5]. » Enfin on déclare que les reprises de la femme sont supportées par les héritiers mobiliers et immobiliers du mari comme toute autre dette. Cette question se présentait souvent sous l'ancien droit dans les successions *ab intestat*, les hérétiers des acquêts étant

[1] *Comm. sur les cout. du gouvernement de Peronne, Montdidier et Roye.*
[2] Rousseau de Lacombe, v° *Remploi.*
[3] Brodeau sur Louet, lett. R, n° 30.
[4] Brodeau, *loc. cit.*
[5] Louet, lett. R, n° 30.

Digitized by Google

souvent différents de ceux des propres : « Il a été jugé que *la dette pour moitié* du remploy des propres de la femme qui avait accepté la communauté après le décès de son mari, se devait prendre sur tous les biens de la succession et que l'heritier des propres y devait contribuer et était tenu à proportion de l'émolument [1]. » « Le remploy est une dette personnelle de la succession, ainsi les héritiers des propres du mari en sont tenus aussi bien que les héritiers mobiliers (Lebrun, § 3, n° 22), soit en cas de renonciation par la femme (arrêt 23 août 1586, Lebrun, § 2, n° 24), ou qu'elle accepte. » (Brod., P. 13) [2].

Néanmoins, ainsi que nous le verrons plus loin, les anciens auteurs et les anciens arrêts reculaient devant certaines conséquences extrêmes de cette théorie, conséquences qu'a adoptées la jurisprudence moderne, allant jusqu'au bout. Mais d'un autre côté l'ancien droit était plus fidèle à la logique que nous ne le sommes aujourd'hui. En effet, la Cour de cassation, tout en déclarant que les reprises sont une simple créance, en admet le prélèvement intégral sur la communauté. Dans l'ancien droit, ceux qui voyaient dans les reprises une simple créance raisonnaient ainsi : Lorsque la communauté se dissout « à l'égard des dettes soit actives, soit passives, leur nature est de se diviser de plein droit : *nomina ipso jure dividuntur*... la femme devient débitrice de la moitié de celles que devait la communauté [3] ». Si donc les reprises sont une dette de la communauté, cette dette se divise comme les autres; la femme en devient débitrice pour moitié; et comme elle est créancière en même temps, elle fait sur elle-même confusion de sa créance pour moitié et doit réclamer l'autre moitié à son mari ou aux héritiers de celui-ci. Aussi avons-nous vu plus haut Brodeau déclarer que ce à quoi les héritiers du mari doivent contribuer sans distinction aucune, c'est seulement la *dette pour moitié*, du remploy des propres de la femme. C'est ce qu'on appelait la méthode du mi-denier [4]. Ce fut d'abord la seule connue, et

[1] Brodeau sur Louet, lett. P, n° 13.

[2] Rousseau de Lacombe, v° *Dettes*.

[3] Prevôt de la Jannès, *Principes*, t. II, p. 69.

[4] Voy. plaidoyer de M. Dareste, dans la cause où fut rendu l'arrêt solennel de 1858 (Sirey, 1858, 1, 13 sqq.).

Digitized by Google

même lorsqu'on eut introduit le système contraire des prélèvements, elle subsista et fut encore quelque temps préférée. « L'usage le plus fréquent au Châtelet, dit Renusson, pour régler les droits des conjoints entre le survivant et les héritiers du prédécédé, lorsque la femme ou ses héritiers ont accepté la communauté, est de commencer par le partage de tous les biens de la communauté; et ensuite on examine ce qui peut être dû pour les reprises, remplois et récompenses : c'est la voie la plus aisée et où il y a le moins d'embarras. La raison est que dans les biens et effets de la communauté il ne se trouve pas souvent d'argent comptant pour satisfaire aux reprises, remplois et récompenses, et il arrive ou qu'on ne veut pas prendre des effets de la communauté en payement, ou supposé qu'on en voulût bien prendre, on ne s'accorde pas touchant l'estimation des effets [1]. » C'était la seule méthode qui fût d'accord avec la théorie d'après laquelle les reprises constituent un simple droit de créance.

Mais pour être logique dans son application, cette théorie n'en était pas moins souvent injuste dans ses résultats. Cette iniquité éclatait particulièrement dans le cas où le mari laissait plusieurs héritiers dont les uns ne recueillaient que les propres, les autres succédant seuls aux meubles et aux acquêts, situation fréquente dans l'ancien droit. N'était-il pas contraire à l'équité de faire contribuer les premiers au payement des reprises? La communauté seule avait profité de l'apport qui servait de fondement à ces reprises, et eux ne prenaient rien dans la communauté. Si le remploi eût été effectué et accepté par la femme, la communauté seule aurait été diminuée de la somme consacrée à l'acquisition du nouveau propre. Pourquoi la situation était-elle différente lorsqu'à défaut de remploi opéré l'action en reprise était exercée? Ces raisons étaient trop sérieuses pour n'avoir pas tout d'abord frappé les esprits. L'une des décisions citées plus haut fut rendue, dit Brodeau, « nonobstant qu'on soutînt que le remploy fût proprement une charge réelle de la communauté, de laquelle l'héritier des meubles et acquests estoit seul tenu, et non une dette personnelle de la succes-

[1] *Traité de la communauté*, 2e partie, ch. III, n° 19. Cf. Duplessis, *Communauté*, liv. II, ch. IV.

Digitized by Google

sion... qu'il y eust fonds suffisants dans la communauté pour payer et acquitter la dette dudit remploy, les deniers duquel y restoient entrés, et que si le mari eust fait et exécuté le remploy comme il y estait obligé, il eust pris les deniers dans la communauté et diminué d'autant le fonds d'icelle[1]». Mais cependant si les reprises sont une créance, la conséquence est forcée.

Alors on chercha ailleurs un moyen de concilier l'équité avec le droit. La théorie dont on subissait la logique inique venait en grande partie de ce qu'on considérait qu'au moment même où se dissolvait la communauté, la moitié des biens la composant se fixait sur la tête de chacun des conjoints ou de ses héritiers. C'était là ce que disaient la plupart des coutumes. La coutume d'Orléans en particulier était fort explicite dans son article 187 : « Se peut dire le survivant saisi de la moitié des dits meubles, crédits et conquests, s'il n'y a paction ou convenance contraire. » Sous ce régime aucun prélèvement pour cause de reprises n'était possible logiquement, la communauté active étant attribuée *ipso facto* par moitié à chacun des copartageants. Du moment que le remploi dû *a lege* ne s'effectuait pas par une subrogation de propre tacite, ainsi que l'avaient décidé les arrêts, il était impossible d'en faire autre chose qu'une créance.

Mais on regarda les choses de plus près. L'attribution de la communauté par moitié, lors de sa dissolution, était une règle qui remontait à l'époque où le remploi *légal* n'existait pas, où le prix des propres aliénés tombait irrévocablement dans le fonds commun. Et à cette époque elle était parfaitement juste, le droit de chacun des époux devant en principe être toujours égal. Mais lorsque le remploi fut dû *a lege*, il ne fut plus exact de dire uniformément que chaque époux avait un droit égal dans la communauté. Celui qui avait versé au fonds commun une valeur qui ne devait pas y rester, celui-là avait un droit supérieur dans la masse indivise ; il n'était donc plus conforme au droit d'en saisir pour moitié chacun des copartageants. Donc plus de division *ipso jure* de l'actif par moitié. Il fallait *prélever* le montant des reprises comme

[1] Sur Louet, lett. P, n° 13.

Digitized by Google

supplément de part au profit de celui qui y avait droit, et c'est alors seulement qu'on se retrouvait en face de l'ancienne égalité des conjoints; c'est alors seulement qu'il pouvait être question de partage égal. Mais si l'on était autorisé à prélever le montant intégral des reprises, c'est donc que dans les rapports des époux entre eux elles ne constituaient pas une simple créance. Une créance, les dettes se divisant toujours *ipso jure*, aurait forcément été éteinte pour moitié par confusion. Il fallait reconnaître qu'il y avait dans ce prélèvement l'exercice d'un droit de copropriété. Mais alors il fallait aussi renverser toutes les conséquences de l'ancienne théorie. Ainsi les reprises seraient un droit mobilier ou immobilier selon la nature des biens prélevés. Ainsi encore « la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme débitrice des reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses, dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues en son lot après les prélèvements faits au profit du survivant, le surplus des biens de la communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant qui avait des reprises à exercer [1]. » Les héritiers aux propres ne devaient donc plus contribuer à l'acquittement des reprises.

Cela n'empêchait point que la femme, subordonnée et inerte pendant toute la durée de la communauté, n'eût pour ses reprises une créance contre son mari en cas d'insuffisance des biens communs. Et cette créance, elle pouvait même la faire valoir sur les biens communs si elle se trouvait en face des créanciers de la communauté ; car vis-à-vis des tiers la communauté, c'est le mari. Ce double titre de propriétaire et de créancière qui se rencontrait chez la femme au sujet de ses reprises n'avait rien de contradictoire en droit. L'héritier bénéficiaire ne s'attaque-t-il pas aux biens de l'hérédité, comme propriétaire vis-à-vis de ses cohéritiers, comme créancier vis-à-vis des créanciers de la succession?

La nouvelle méthode pour opérer les reprises était dite *par délibation et détraction*, mots énergiques qui indiquaient bien que les prélèvements se faisaient à titre de copropriété.

[1] Pothier, *Successions*, ch. v, art. 2, § 1.

Digitized by Google

Pothier, qui enregistre cette théorie avec une certaine mélancolie d'esprit conservateur, la qualifie d'opinion moderne[1]. Bien que la dernière venue, elle n'était cependant pas aussi récente qu'on pourrait le croire d'après ce passage de notre grand jurisconsulte. Voici ce que disait Jean Tronçon au milieu du XVIIe siècle : « Suivant l'article 232 le remploy doit se faire sur les biens et acquêts de la communauté et subsidiairement sur les propres, et ainsi les héritiers des acquests en sont tenus ; et où les biens de la communauté ne seroient suffisants, les héritiers des propres en sont tenus subsidiairement comme dit est[2]. » Lebrun, qui tient pour l'opinion contraire, connaît bien celle-ci : « A l'égard de la coutume de Paris, l'on y a demandé si les héritiers mobiliers contribuaient seuls au remploy des propres de la femme, parce que le remploy se prend sur les biens de la communauté et cela par une *espèce de délibation et détraction*[3]. »

Aux XVIIe et XVIIIe siècles, les témoignages en faveur de cette doctrine se multiplient. Et comme on doit s'y attendre, c'est à propos de la contribution au payement des reprises de la femme entre les héritiers des meubles et acquêts du mari et ceux des propres que se produisent les décisions. Écoutons les auteurs :

Duplessis : « Si la communauté est bonne et a été acceptée, en ce cas les reprises et remplois tant de l'un que de l'autre des conjoints se font sur les seuls effets d'icelle au préjudice de l'héritier mobilier, parce qu'alors ces choses ne sont pas tant des dettes que des corps effectifs, confus en la masse de la communauté qui en a été enflée, lesquels en doivent estre distraits, la communauté n'étant que ce qui reste après ces distractions. Mais quand la femme a renoncé et a de telles reprises à demander contre les héritiers de son mari, alors ce sont de véritables dettes sur tous les biens indistinctement, auxquelles chacun des héritiers doit contribuer[4]. »

[1] *Loc. sup. cit.*

[2] *Le Droit français et coutume de la prévôté et vicomté de Paris* (sur l'art. 232), 3e édit., 1652.

[3] *Successions*, liv. IV, ch. II, sect. 3, n° 22, édit. de 1714.

[4] *Communauté*, liv. II, ch. IV, sect. 3 *in fine*, édit. de 1754.

Digitized by Google

Denisart : « Si la femme renonce à la communauté, son remploi est une dette personnelle du mari que tous ses héritiers doivent acquitter *pro modo emolumenti*. — Mais quand la femme accepte la communauté, le remploi ne doit tomber que sur les héritiers qui succèdent aux biens de la communauté et sur ces mêmes biens, parce que, comme je l'ai déjà dit, le remploi est une dette de la communauté qui en a profité [1]. »

Ferrière : « Puisque le remploi des propres est une dette de communauté, il s'ensuit que c'est aux héritiers des meubles et acquêts à y contribuer, et que l'héritier des propres n'en est tenu que subsidiairement et au cas que le fonds de la communauté ne suffise pas pour remplacer les propres de la femme [2]. »

Enfin d'Argou : « Il faut observer que les deniers stipulés propres, le remploi des propres aliénés et le préciput, en cas d'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, se prennent par *délibation ou par détraction* sur la masse des biens de la communauté avant qu'elle soit partagée. Les héritiers mobiliers du mari ou de la femme portent en effet toutes ces charges *parce qu'elles diminuent de plein droit la part qu'ils ont dans la communauté;* en sorte que les héritiers des propres ne sont pas tenus d'y contribuer [3]. »

Ainsi la doctrine nouvelle s'établissait de plus en plus: cependant elle n'avait pas réussi à détrôner complétement l'ancienne, même dans le dernier état du droit. Pothier expose successivement les deux modes de partage de la communauté, celui des prélèvements (*Traité de la communauté*, n° 701), qui suppose que les reprises se font à titre de propriété, et celui du mi-denier (n°s 702, 703, 704), qui implique qu'elles ont lieu à titre de créance [4]. Et de même Pocquet de Livonière dit, dans ses *Règles du droit français :* « Ces reprises et remplois se doivent faire ou par forme de délibation sur les effets de la com-

[1] *Répertoire*, v° REMPLOI.

[2] *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*, 2 vol., 1782.

[3] *Institution au droit français*, édit. de Boucher d'Argis, t. II, liv. III, ch. IV, 1787.

[4] Dans son *Commentaire sur la coutume d'Orléans* (Introduction au tit. X, n° 93), Pothier n'indique que la méthode des prélèvements.

Digitized by Google

munauté ou moitié par confusion [1]. » Mais cette coexistence des deux méthodes ne pouvait durer. Chacune d'elles était complète; chacune donnait à la femme l'avantage sur le mari. Dans la méthode par délibation, la femme faisait ses prélèvements avant ceux du mari (Pothier, n° 701); dans celle par confusion, elle avait l'avantage de ne faire confusion sur elle-même de la moitié de ses reprises que jusqu'à concurrence de ce qu'elle recueillait (*ibid.*, n° 704). Mais les deux systèmes étaient logiquement incompatibles, partant de principes opposés. On le sentait bien. Renusson, qui veut faire supporter les reprises d'un époux par tous les héritiers de son conjoint *pro modo emolumenti*, penche, nous l'avons vu, pour la méthode par confusion; et son annotateur, J. A. Sérieux, avocat au Parlement, qui partage cette doctrine, va même plus loin : « Il faut distinguer, dit-il : ou il se trouve différents héritiers du conjoint prédécédé, c'est-à-dire des héritiers des propres et des héritiers des acquêts, ou les mêmes héritiers viennent aux propres et aux acquêts; dans le premier cas il faut commencer par faire le partage de la communauté et les faire ensuite contribuer au payement des deniers stipulés propres et aux remplois du conjoint survivant; dans le second cas on commence par faire les prélèvements des reprises [2]. » Et pourquoi ne peut-on pas dans la première hypothèse employer la méthode des prélèvements? — « Si l'on prélève les reprises et remplois sur la masse de la communauté, elles ne sont payées que par l'héritier des meubles et acquêts; l'héritier des propres ne paye rien; si on la met au nombre des dettes du conjoint prédécédé, au contraire, il y contribue [3]. » Donc prélever les reprises. ce n'est pas les mettre au nombre des dettes.

Du reste, cet annotateur de Renusson, dont l'opinion est curieuse à connaître parce qu'elle indique exactement comment notre question était envisagée à cette époque, ne se rallie pas à la doctrine de son auteur sans de grandes perplexités. « La question, dit-il, est des plus difficiles de notre droit, et sur laquelle les auteurs sont le plus partagés....

[1] Liv. IV, ch. I, art. 44, édit. de 1758.
[2] Renusson, *Communauté*, 2e partie, ch. III, n° 19, note.
[3] *Ibid.*, n° 48, note.

Digitized by Google

Dans cette diversité d'opinions pour chacune desquelles il y a de très-grandes raisons, il serait à souhaiter qu'il intervînt une loi fixe. » Il ne se range au système de la contribution qu'en en donnant dix raisons dont deux sont intéressantes : « 2° Il n'y a ni loi, ni disposition de coutume qui mettent les reprises et remplois des conjoints dans une classe différente des autres dettes de la communauté.... 9° Au moment du décès de la femme prédécédée, ses héritiers sont saisis de la moitié dans la communauté, telle qu'elle existe au moment de sa mort, suivant l'article 229 de la coutume de Paris, qui forme encore là-dessus le droit commun. On ne peut donc pas restreindre par un empêchement fait après coup cette moitié de communauté dont ils sont saisis : s'il y a des dettes ou des charges, ce ne peuvent être que des dettes et des charges de la succession. » Ainsi l'annotateur de Renusson argumente surtout de la lettre du vieux texte contre la doctrine nouvelle et équitable. Nous allons voir si cette loi « fixe » qu'il appelait de ses vœux ne se trouve pas dans le Code civil, et si les nouveaux textes ne sont pas rédigés de façon à écarter tous les scrupules qui le retenaient.

II

C'est maintenant en effet que nous pouvons interroger le Code civil. Nous connaissons ce qui l'a précédé : nous savons, qu'après avoir rejeté l'idée d'une subrogation réelle tacite, opinion déjà condamnée au commencement du XVIIe siècle, on avait considéré les reprises comme de simples dettes de communauté. Nous savons aussi qu'une doctrine plus jeune, celle des prélèvements à titre de propriété, était née et avait toujours été en grandissant : elle était dominante dans le dernier état de l'ancien droit. Étant donnée cette situation, de cela seul que le Code ne condamne pas cette théorie, nous pourrions légitimement conclure qu'il l'a adoptée. Dans tous les cas les rédacteurs de la loi nouvelle ne pouvaient ignorer l'existence des deux doctrines adverses ni la portée des termes qui servaient à désigner l'une et l'autre. Ils ne pouvaient ignorer que la source et la justification de la méthode par confusion, c'était cette attribution par moitié de la communauté contenue

Digitized by Google

dans l'article 229 de la coutume de Paris. Ils savaient aussi que la méthode des prélèvements correspondait à une doctrine contraire et entraînait des conséquences opposées. Or que dit le Code civil? Il suffit de lire les articles 1470 et 1471 : c'est le système des prélèvements et ce système seul qu'ils organisent. Ces textes, rapprochés des passages des anciens auteurs cités plus haut, ne peuvent laisser aucun doute. Remis à leur place historique, ils sont lumineux. Ils sont d'autant plus significatifs que ni la coutume de Paris, ni celle d'Orléans ne parlaient de prélèvements : elles disaient seulement l'une et l'autre que le prix de l'immeuble vendu était repris sur les biens de la communauté [1]. De ce que le Code ne s'occupe que du système des prélèvements, nous pouvons conclure que la liquidation des reprises par confusion, la seule compatible avec l'idée que les reprises sont une créance, n'est plus aujourd'hui admise par la loi. Enfin il faut remarquer qu'il ne se trouve dans le Code aucun article qui divise de plein droit la communauté par moitié lors de sa dissolution. Le projet de la commission pour la rédaction du Code civil contenait un article 83, ainsi conçu : « L'acceptation de la communauté qui est faite par la femme où ses héritiers leur donne droit à la moitié de l'actif de la communauté et les soumet au payement de toutes les

[1] Paris, art. 232 ; Orléans, art. 193. Les coutumes qui organisaient les prélèvements étaient rares. Et du texte de l'une d'elles nous voyons un des plus grands jurisconsultes de l'ancien droit tirer toute la théorie que nous soutenons. L'article 18 de la coutume de Nivernais (titre : Des droits appartenants à gens mariés) disait : « Deniers de mariage sortissants nature d'héritage non employés ou assignés par le mari avant son décès ou de sa femme se prennent sur les biens de la communauté avant tout partage. » Et voici ce que Guy Coquille observe sur ces mots : « C'est bien raison puisqu'ils y sont entrés : si donc il avient que le père ou la mère du mari qui sera décédé sans enfants veulent être héritiers des meubles de leur fils, et en veulent être héritiers franchement sans payer dettes, suivant cette coutume ; néanmoins ils endureront que lesdits deniers dotaux de la femme de leur fils soient distraits des meubles ou de la valeur d'iceux, avant qu'ils prennent leur droit d'hérédité de meubles. Car ce qui se dit prendre meubles franchement sans payer dettes s'entend des dettes qui affectent en général tout le patrimoine, comme ordinairement se dit des dettes que les Romains appellent *æs alienum;* mais cette dette est inhérente et attachée à la masse de la communauté et la *diminue* par sa constitution ou destination spéciale. »

Digitized by Google

dettes communes, aussi par moitié. » Mais cet article fut supprimé dans le projet présenté au Conseil d'État et remplacé par une phrase qui renvoie purement et simplement aux articles suivants : cette phrase, c'est l'article 1467 du Code civil [1].

Ainsi pas de doute possible au point où nous en sommes. D'après les termes du Code, remis dans leur jour véritable, il est évident que le système adopté par notre loi est celui qui fait exercer les reprises entre époux à titre de copropriété. Mais ce que nous venons de démontrer par la méthode historique, nous pouvons aussi le prouver dogmatiquement. Ce sera en quelque sorte faire la preuve du résultat déjà obtenu.

Pour attaquer à ce nouveau point de vue le système que nous combattons, il faut chercher quels sont les caractères distinctifs d'une créance et voir s'ils s'appliquent aux reprises, telles qu'elles sont organisées par les articles 1470 et 1471.

1° Et d'abord un premier point: c'est que dans le cas d'une créance il y a toujours un débiteur, et qu'une action est donnée contre ce débiteur : seules les obligions naturelles échappent à cette dernière condition. Or, s'il est possible de dire que les reprises de la femme possèdent ce caractère inhérent à toute créance, puisque subsidiairement le mari peut être de ce chef poursuivi sur ses biens personnels, on est forcé d'avouer que les reprises du mari ne le possèdent pas : il ne peut s'attaquer, lui, qu'aux biens de la communauté et n'a point de débiteur à poursuivre. Cette objection semble avoir déjà porté dans l'ancien droit ; voici en effet ce que dit Rousseau de Lacombe. Après avoir établi que, lorsque le mari laisse des héritiers aux propres et d'autres aux meubles et acquêts, les reprises de la femme sont supportées proportionnellement par ces successeurs, il ajoute : « Mais l'héritier mobilier de la femme ayant accepté la communauté est seul tenu de la moitié du remploy des propres du mari [2]. » C'était là distinguer, et reconnaître que les reprises de la femme et celles du mari étaient d'une nature

[1] Voy. M. Dareste, plaidoyer, cité.
[2] *Répertoire*, v° DETTES.

Digitized by Google

différente, les premières constituant une créance, et non les secondes. Mais aujourd'hui une telle distinction est impossible : dans les rapports des époux entre eux, les reprises du mari et celles de la femme sont bien de la même nature : elles se font par la même méthode et sont régies par les mêmes articles. Si donc les reprises du mari ne sont pas une créance, celles de la femme ne peuvent pas non plus en constituer une [1].

2° Un autre caractère qui distingue toute créance de deniers, c'est qu'elle permet de poursuivre par voie d'exécution, par la vente de tous les biens des débiteurs le recouvrement d'une somme d'argent [2]. Par suite, les partisans du système des reprises-créances ont bien été forcés de dire que les prélèvements sont de simples dations en payement qui ne peuvent être imposées au créancier contre son gré. Ils ont dé-

[1] Voy. Metz, 10 avril 1862, considérants : « Le caractère distinctif d'une créance est qu'elle peut être recouvrée par voie d'action ou d'exécution directe contre la personne du débiteur ou sur ses biens, tandis que cette dernière n'existe pas au profit du mari ou de ses héritiers, et que si parfois elle existe au profit de la femme, ce n'est jamais qu'à titre de recours subsidiaire. » (Sirey, 1862, 2. 202.) Telle est pourtant la puissance logique d'une idée qu'on en est venu à faire produire dans certains cas aux reprises du mari les effets d'une véritable créance : c'est lorsque la femme a accepté la communauté en négligeant de faire inventaire : il est un système qui veut alors l'obliger *ultra vires* au payement de la moitié des reprises du mari. Un arrêt de la Cour d'Agen du 4 décembre 1866 (Sirey, 67, 2, 217) décide que la femme dans ce cas « doit supporter toutes les suites de son erreur ou de son imprudence, et par suite payer la moitié des reprises du mari, qui *sont de véritables dettes de communauté* ». Cela nous paraît exorbitant, mais c'est la conséquence logique de l'idée qui fait, entre époux, exercer les reprises à titre de créance. On a cherché à écarter cette conséquence en distinguant entre les créances des époux et celles des tiers à l'encontre de la communauté. Voy. Dijon, 29 avril 1867 (Sirey, 68, 2, 150). Mais pour la repousser définitivement, la Cour de cassation a été obligée d'abandonner un instant l'idée maîtresse et de déclarer « que les reprises, que soit le mari soit la femme peuvent avoir à exercer sur la masse des biens, constituent en leur faveur un droit spécial, donnant lieu à un prélèvement sur cette masse, prélèvement qu'ils font comme d'une chose qui leur est propre et qui n'est pas entrée dans la communauté; — Que les prélèvements s'opèrent de la manière réglée par les articles 1470 et suiv. du Code Napoléon et que leur exercice n'est pas réglé ou protégé comme l'action des créanciers, par les dispositions de l'article 1483. » Cass. 18 février 1867 (Sirey, 67, 1, 222.)

[2] Metz, 10 avril 1862, cité.

Digitized by Google

cidé que l'ordre dans lequel l'article 1471 soumet à ces prélèvements les différentes sortes de biens communs, est facultatif et non impératif : « La femme conserve toujours sa qualité de créancière et tous les droits qui y sont attachés par le droit commun, notamment celui d'exiger que le remboursement de ses reprises liquidées soit effectué en deniers [1]. » — « La femme n'est pas forcée de prendre des biens en nature; elle retombe alors évidemment dans le droit commun de tout créancier qui est de faire saisir et vendre les biens de la communauté débitrice et du mart débiteur subsidiaire... Le prélèvement est une dation en payement qui, comme la dation en payement ne saurait s'accomplir sans le consentement du créancier [2]. » S'il en était ainsi, il n'y aurait plus aucune différence entre le payement des reprises par prélèvement lorsque la femme accepte, et celui par dation en payement lorsqu'elle renonce. Et la Cour de cassation est allée jusqu'à affirmer ce point : « Ce prélèvement, complétement indépendant de sa qualité de femme commune et qu'elle conserve le droit d'effectuer même en renonçant à la communauté, n'est point pour elle la conséquence d'un droit de propriété, que comme créancière elle ne saurait avoir [3]. »

Toutes ces déductions sont logiques, mais elles répugnent profondément à nos textes. L'article 1471 se compose de deux parties : dans la première, il règle l'ordre des prélèvements au point de vue du sujet qui les exerce; la femme passe avant le mari. Dans la seconde, il détermine leur ordre au point de vue de l'objet; on les fera porter successivement sur l'argent comptant, les meubles et les immeubles. La première disposition a certainement un caractère impératif; personne ne le conteste. Comment la seconde, qui n'est que le développement du même plan, serait-elle purement facul-

[1] Cass., 6 juillet 1870 (Sirey, 70, 1, 348). Voy. aussi Cass., 1er juin 1862 (Sirey, 62, 1, 831); Angers, 15 avril 1860 (Sirey, 60, 2, 294).

[2] Rapport de M. le conseiller Laborie sur Cass., 13 décembre 1864 (Sirey, 65, 1, 89).

[3] Cass., 1er juin 1863, cité. La Cour de cassation sait pourtant bien, au point de vue du droit de mutation, distinguer le cas où la femme accepte de celui où elle renonce. Voy. les arrêts du 3 août 1858.

Digitized by Google

tative, alors que rien dans le texte n'indique ce caractère ? C'est impossible.

D'un autre côté, si, en organisant les prélèvements, la loi avait seulement voulu dire que pour cette créance comme pour toutes les autres, la dation en payement est possible aux conditions ordinaires, « cela ne réduirait pas seulement la disposition de l'article 1471 à une application restreinte et secondaire, mais la rendrait illusoire et sans portée ;— en effet, la faculté qu'il aurait pour objet de conférer à la femme créancière et qui lui permettrait de demander à son gré un prélèvement en nature au lieu du payement en argent qui lui est principalement dû, pouvant toujours se heurter contre la volonté contraire du mari, auquel on reconnaît dans le système proposé le droit de s'acquitter toujours en argent, on aboutirait à ce résultat que la faculté ainsi concédée ne pourrait en définitive s'exercer que du consentement réciproque des époux et que le but du législateur en édictant l'article 1471 aurait été de proclamer, sous une forme obscure et équivoque, ce principe aussi simple que certain que le libre accord des époux pouvait substituer un mode de payement à un autre[1]. » Etant admis une telle théorie, il serait impossible de justifier le législateur du reproche d'avoir parlé pour ne rien dire ; il n'aurait même pas l'excuse d'avoir reproduit un texte antérieur, ni la coutume de Paris ni celle d'Orléans, comme nous l'avons vu, ne réglant les prélèvements. On a cherché, il est vrai, à donner une explication moins insuffisante du texte de nos articles : Cette assignation des reprises sur les biens de la communauté, a-t-on dit, est simplement un droit de gage particulier. « La femme peut accepter en payement les biens mêmes sur lesquels elle a une action[2]. » « En faisant des biens de la communauté *le gage particulier de sa créance*, la loi ne lui a pas imposé l'obligation d'accepter en remploi, contrairement à sa convenance et à son intérêt, des choses autres que celles qui lui sont dues[3]. » On prétend même que cette théorie cadre seule avec le texte : on observe que l'article 1471 ne dit point

[1] Paris, 24 juillet 1869 (Sirey, 70, 2, 45).
[2] Rapport cité de M. le conseiller Laborie.
[3] Cass., 6 juillet 1870 (Sirey, 70, 1, 348).

Digitized by Google

que les prélèvements se font *en* argent comptant, *en* mobilier, *en* immeubles, mais *sur* l'argent comptant, le mobilier et les immeubles; et c'est dans le même sens que l'article 1472 déclare que la femme peut, en cas d'insuffisance des biens communs, exercer ses reprises *sur* les biens personnels du mari. Donc les expressions de l'article 1471 « ne supposent pas d'autres droits que ceux d'un créancier à l'égard de son débiteur obligé personnellement et tenu de remplir son engagement *sur tous* ses biens *mobiliers* et *immobiliers* aux termes de l'article 2092 du Code Napoléon [1] ».

Ce raisonnement est ingénieux; mais l'article 2092 qu'il invoque vient justement le faire crouler. Cet article, en effet, établit au profit du créancier chirographaire un droit de gage *général* sur tous les biens de son débiteur, et il écarte tout droit spécial sur certains biens dérivant d'un engagement personnel. Dans ces conditions il est impossible que le créancier poursuive successivement certains biens : il agit sur l'ensemble du patrimoine; or les prélèvements se font successivement sur telle ou telle espèce de biens; il y a donc là autre chose que le droit de gage de l'article 2092.

Mais si les prélèvements ne peuvent s'expliquer ni par une dation en payement, ni par un droit de gage; s'ils sont obligatoires et que l'ordre indiqué par l'article 1471 soit impératif, la conséquence forcée, c'est que les reprises sont entre époux, non une créance, mais une attribution à titre de propriété. « S'il était possible d'admettre que c'est à titre de propriétaire que la femme exerce ses prélèvements pour se couvrir de ses reprises, il faudrait en conclure que l'ordre établi par la loi est obligatoire pour elle, et qu'elle ne peut abdiquer son droit de propriété pour ressaisir celui de faire valoir la créance mobilière qui, dans l'origine, lui appartenait [2]. » Retournons cette proposition de la Cour suprême : nous avons vu que l'ordre prescrit par la loi pour les prélèvements est obligatoire, concluons-en qu'ils s'opèrent à titre de propriété [3].

[1] Angers, 25 avril 1860 (Sirey, 60, 2, 294).

[2] Cass., 1er juin 1862, cité.

[3] On a prétendu que ce système lésait la femme : 1° parce qu'elle peut être ainsi forcée de prendre en remploi un immeuble qu'elle aurait refusé pendant le mariage; 2° parce qu'elle prélève avant le mari et par suite peut

Digitized by Google

3° Si les reprises étaient une dette de communauté, elles se diviseraient de plein droit entre le mari et la femme comme dans l'ancien droit, en vertu de l'article 1482; chacun des époux ferait sur lui confusion de ses reprises pour moitié. Voici néanmoins comment dans ce système on explique les prélèvements : « La communauté avant la liquidation et le partage constitue en quelque sorte un être qui se distingue encore des époux et surtout de la femme dans le patrimoine desquels elle viendra se confondre par le partage. Il ne doit y avoir vraiment de copropriété que sur ce qui restera de l'actif, déduction faite des reprises de chacun des époux; c'est à ce reliquat que se réduit la communauté... jusque-là les reprises ne constituent qu'une créance qui a pour gage les biens de la communauté qui en est débitrice... elles s'exercent donc sur les biens de la communauté par délibation ou détraction comme on disait dans l'ancien droit [1]. » Sans doute si l'on admet que la communauté constitue une personne morale, on peut considérer le système des prélèvements comme compatible avec l'idée que les reprises sont une créance; la confusion pour moitié ne s'opérerait pas. Mais cette personnalité de la communauté a trouvé peu de partisans; la Cour de cassation elle-même l'a condamnée par son arrêt du 18 avril 1860 [2].

Donc à tous les points de vue il répugne à nos textes et aux principes généraux que les reprises s'exercent entre époux à titre de créance. Le raisonnement juridique, comme

être contrainte de prendre des meubles, laissant au mari des immeubles plus précieux; 3° parce qu'elle est obligée de prendre des biens en nature et qu'elle s'expose à perdre si elle a besoin de les vendre. — Ces objections, peut-être un peu contradictoires entre elles, peuvent être facilement réfutées : 1° En général la femme n'est point forcée de prendre pour sa reprise un immeuble qu'elle a refusé d'accepter en remploi pendant le mariage, vu qu'elle ne prélève les immeubles, que faute de meubles, et qu'elle a toujours le choix des immeubles, 2° Si la femme reçoit des meubles, elle pourra plus facilement les transformer en argent qu'elle ne pourrait le faire pour des immeubles. 3° La femme prend les biens qu'elle prélève, uniquement pour leur valeur vénale.

[1] Rapport de M. le conseiller Laborie, cité. — Dans l'ancien droit, les expressions *par délibation et détraction* n'avaient point, nous l'avons vu, le sens qu'on leur donne ici.

[2] Sirey, 60, 1, 305.

Digitized by Google

la méthode historique, nous amène à cette conclusion : que notre Code voit, dans les prélèvements, l'exercice d'un droit de copropriété. Du reste, le terme *prélèvement*, même isolé du langage de nos anciens auteurs, désigne toujours dans le Code une attribution à titre de propriété fait à l'un des copartageants : c'est dans ce sens qu'il est employé par les articles 830 et 831 ; dans l'article 1470 il a même une signification plus énergique. L'article 1471, comme on l'a dit, « se corrobore par les textes qui organisent en général le payement des dettes domestiques (art. 826)... et par l'identité de principe que l'on découvre dans les rapports à succession (art. 830) en particulier pour ce qui est de l'argent ». (Art. 869)[1]. La Cour de cassation elle-même a reconnu parfois la justesse de ces idées. Ainsi elle décide qu'il n'est dû aucun droit de mutation lorsque la femme acceptante prélève pour ses reprises des meubles ou des immeubles, et cela parce que, « au cas d'acceptation, la femme qui exerce ses reprises sur les biens de la communauté agit en la double qualité de créancière et de commune, qu'elle se paye avec des biens, sur lesquels elle ne peut sans doute réclamer un droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers de la communauté, mais dont elle n'est pas moins copropriétaire par indivis avec son mari ou ceux qui la représentent[2]. »

Nous croyons avoir montré que notre opinion est conforme à la tradition et aux textes du Code[3]. Voyons, pour terminer, s'il répond aux besoins de la pratique et aux règles de l'équité ; et pour cela reprenons l'hypothèse que nous avons indiquée en tête de notre étude, celle où l'un des époux meurt en laissant des successeurs à différents biens.

III

L'époux qui a des reprises à exercer laisse un successeur aux meubles et un autre aux immeubles, par exemple un

[1] Agen, 17 janvier 1868 (Sirey, 68, 2, 4).

[2] Cass., 3 août 1858 (Sirey, 58, 1, 711).

[3] Nous pouvons dans notre sens, parmi les commentateurs du Code civil, citer : Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, t. I, nos 363-365 *bis* ; Marcadé, t. V, art. 1472, nos 2, 3 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, 2e édit., t. II, no 1082.

Digitized by Google

héritier légitime non réservataire et un légataire de tous les meubles. Selon nous, les reprises profiteront à l'un ou à l'autre suivant que les prélèvements auront porté sur des meubles ou sur des immeubles. C'est ce qu'ont admis deux arrêts très-fortement motivés, l'un de la Cour de Metz du 10 avril 1862 (Sir., 62. 2,200), l'autre de la Cour de Paris du 24 juillet 1869 (Sir., 70, 2, 45).

Le système contraire qui attribue toujours les reprises au successeur aux meubles a été constamment sanctionné par la Cour de cassation [1]. Cependant nous croyons notre solution plus conforme à l'intention de l'époux testateur. Celui qui a des reprises à exercer contre une communauté suffisante, voit devant lui une masse de meubles et d'immeubles et sait que de ce chef il doit lui en être attribué une portion. Il envisage son droit à cet égard d'une façon concrète; et alors comment admettre qu'il ait entendu comprendre dans son legs mobilier les immeubles qui pourraient être prélevés pour satisfaire à ses reprises? Supposons qu'au lieu de prédécéder cet époux ait survécu à son conjoint, mais qu'aussitôt après le partage de la communauté opéré, il soit mort à son tour. Sans aucun doute s'il avait prélevé des immeubles pour ses reprises, ces immeubles ne seraient point attribués à son légataire des meubles : pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse?

2° C'est le conjoint de l'époux ayant droit aux reprises qui laisse un héritier légitime non réservataire et un légataire de tous les meubles; selon nous, aucune contribution aux dettes ne peut avoir lieu entre eux à l'occasion de ces reprises; les prélèvements ont diminué d'autant la communauté; et les deux successeurs prennent alors, l'un les meubles, l'autre les immeubles qui se trouvent dans la succession du défunt, soit comme propres, soit comme provenant de la communauté [2].

Si par hypothèse la communauté ne comprenait que des

[1] Dans ce sens : Caen, 27 juin et 19 juillet 1861 (Sirey, 62, 2, 68); Angers, 25 avril 1860 (Sirey, 60, 2, 294); Cass., 1er juin 1862 (Sirey, 62, 1, 830); Cass., 6 juillet 1870 (Sirey, 70, 1, 348); ce dernier arrêt a cassé celui de Paris de 1869, cité.

[2] Caen, 19 janvier 1832 (Sirey, 41, 2, 82); Agen, 17 janvier 1868 (Sirey, 68, 2, 4).

Digitized by Google

meubles, notre solution est la seule équitable : elle seule permet alors de ne faire contribuer en rien au payement des reprises cet héritier des immeubles qui ne prend rien dans la communauté. Mais dans tous les cas elle présente un avantage pratique considérable. Avec notre système, les prélèvements ordonnés par les articles 1470 et 1471 sont une opération rationnelle et définitive qui ne laisse après elle ni difficultés ni nouvelle liquidation. Mais supposons avec la théorie contraire que les reprises d'un conjoint doivent être pour la moitié supportées par tous les successeurs de l'autre conjoint *pro modo emolumenti* [1] : les prélèvements n'en auront pas moins eu lieu, et ils auront frappé l'un des successeurs plus lourdement qu'il ne devait l'être : ce successeur plus maltraité que de raison, ce sera généralement le légataire des meubles du mari, s'il s'agit des reprises de la femme ; ce sera peut-être l'héritier qui recueille les immeubles de la femme, s'il s'agit des reprises du mari. Comment mettre la théorie des prélèvements en harmonie avec celle de la constribution aux dettes ? La Cour de Douai, dans son arrêt de 1847 plus haut cité, a proposé un moyen héroïque. Dans notre hypothèse la méthode des prélèvements ne trouvera pas son application. Cette solution, nous l'avons déjà vu donner dans l'ancien droit par Renusson et son annotateur ; mais nous avons montré que nos articles 1470 et 1471 ont un caractère impératif.

L'arrêt de Paris du 18 août 1859 propose un autre procédé. Les prélèvements se feront, mais celui des successeurs de l'époux prédécédé qui aura contribué plus qu'il ne le devait au payement des reprises de l'autre conjoint aura un recours contre son cosuccesseur qui a supporté moins que sa part. Voilà donc à quoi aboutit la liquidation de la communauté : à une complication nouvelle et à une nouvelle liquidation. Il nous paraît impossible que tel soit le vœu de la loi.

3° L'époux qui a des reprises à exercer, la femme, par

[1] Dans ce sens : Douai, 17 juin 1847 (Sirey, 49, 2, 71) ; Paris, 18 août 1859 (Sirey, 63, 2, 211). La Cour de cassation n'a pas encore été appelée à se prononcer sur ce côté de la question, mais on peut présumer qu'elle se prononcerait en ce sens : c'est une conséquence inévitable de la théorie qu'elle professe.

Digitized by Google

exemple, est en même temps le successeur aux meubles de l'autre conjoint. C'est là une situation assez commune; les institutions contractuelles quant au mobilier seulement sont fréquentes entre époux, et plus souvent encore l'un des époux lègue à l'autre tous ses meubles. D'après nos principes, la femme se couvrira d'abord de ses reprises en prélevant des meubles; et c'est seulement le reste du mobilier qu'elle prendra soit comme commune en biens, soit comme légataire ou donataire de son mari; jamais elle ne pourra réclamer rien de plus.

Voici le résultat auquel aboutit la théorie contraire: après avoir pris tout le mobilier aux mêmes titres que ci-dessus, la femme s'adressera aux héritiers qui recueillent les immeubles de son mari et leur demandera de contribuer au payement de la moitié de ses propres reprises, qu'elle, légataire des meubles, a seule supportée jusqu'ici, et elle devra être écoutée [1]. Et il peut se faire que la communauté, d'ailleurs suffisante, ne comprenne que des meubles. Dans cette hypothèse, en léguant à sa femme tout son mobilier, mais son mobilier seul, le mari ne lui aura pas seulement accordé sa part dans la communauté, ce qui était son intention, il aura encore malgré lui écorné les propres laissés aux héritiers naturels.

Cette faveur faite à la femme a paru exorbitante même à l'époque où la théorie des reprises-créances était dominante dans l'ancien droit. La prétention n'est pas nouvelle en effet. Voici ce que nous trouvons dans Louet [2] : « Jugé au rapport de M. du Vair en la cinquième des Enquestes au procès de Droulins et de Cours que la donation des meubles faite à la femme soit par contrat de mariage ou autrement s'entend les conventions matrimoniales préalablement prises sur tous les biens de la communauté, le 14 juillet 1587, prononcé le 18 ensuivant. » Et Brodeau sur ce passage rapporte d'autres arrêts du 14 juillet 1598 et du 22 mai 1545 qui avaient jugé dans le même sens [3]. Pourtant ces prétentions de la

[1] Paris, 18 août 1859, cité.

[2] Louet, lett. M, n° 2.

[3] « Ce qu'elle (la veuve) prétend faire à présent n'est que pour avoir double profit au grand préjudice desdits héritiers. »

Digitized by Google

femme sont logiques si les reprises sont une créance ; aussi Brodeau est-il fort embarrassé pour les écarter par une démonstration solide, et dans sa détresse il va jusqu'à invoquer l'édit *de alterutro,* qui n'a que faire en cette aventure. En cela donc la doctrine des anciens auteurs et des anciens arrêts, sur le point d'aboutir à une injustice, s'arrêta, aimant mieux violer le droit que l'équité. La jurisprudence contemporaine a été plus logique; adoptant la même idée, elle l'a poussée jusqu'à ses dernières conséquences; mais peut-être par là même a-t-elle fourni contre elle de puissants arguments.

Voilà les résultats de notre doctrine mis en face de ceux que fournit la théorie contraire. Cette comparaison nous a paru instructive et pour l'ancien droit et pour le droit moderne. Peut-être aujourd'hui comme autrefois l'équité pourra-t-elle amener un revirement dans la jurisprudence. Deux des phases par lesquelles notre question a passé dans l'ancien droit se sont déjà produites de notre temps; on peut espérer que l'évolution, cette fois encore, se développera dans son entier. Aujourd'hui comme autrefois, on pourra se demander si en fuyant un excès on n'est pas tombé dans l'excès contraire. Deux arrêts de la Cour suprême, l'un du 10 mai 1872 (Sir., 72, 1, 313), l'autre du 7 juillet 1874 (Sir., 74, 7, 478), sembleraient indiquer qu'elle tend, sinon à abandonner sa jurisprudence, au moins à en restreindre la portée. Nous n'entrerons point dans l'examen de ces arrêts dont le premier surtout porte sur une hypothèse assez compliquée. Nous ferons seulement remarquer que les prétentions repoussées par la Cour de cassation prenaient pour fondement l'idée que les reprises sont à tous égards une simple créance: et selon nous elles procédaient logiquement. En refusant de les admettre, la Cour suprême a été plus sensible à l'équité que fidèle à ses principes. A. ESMEIN.

Digitized by Google

ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION DE L'ALGÉRIE.

Par M. Jeanvrot, substitut du procureur de la République à Ajaccio.

(*Suite*[1].)

V. Organisation judiciaire.

L'organisation judiciaire de l'Algérie commence, dès le début de la conquête, par la création de tribunaux à Alger, Bône et Oran. Ces tribunaux ne comprenaient qu'un juge en matière civile et un juge en matière correctionnelle. Ce principe de l'unité du juge qu'on trouve appliqué en Angleterre, en Suède, en Norwége, dans nos colonies, et en France, dans les tribunaux de paix, a été modifié par l'ordonnance du 26 septembre 1842 qui a assimilé l'organisation judiciaire de l'Algérie à celle de la métropole. Les règles posées par cette ordonnance sont encore pour la plupart en vigueur aujourd'hui.

Jusqu'en 1848 le service de la justice fut, comme les autres services publics de l'Algérie, placé dans les attributions du ministère de la guerre. Des arrêtés du chef du pouvoir exécutif, en date des 30 mai et 20 août 1848, l'ont rattaché au ministère de la justice.

Les magistrats de tous les degrés, nommés en Algérie, sont considérés comme détachés pour un service public du département de la justice (ord. 26 septembre 1842, art. 25). Ils ont les mêmes attributions et la même discipline que les magistrats de la métropole, sauf le privilége de l'inamovibilité, dont le retrait se justifiait, à l'origine, par la situation particulière du pays. Mais aujourd'hui que l'assimilation de la magistrature de l'Algérie à celle de la métropole est presque complète, cette dérogation à un des principes fondamentaux de notre ordre judiciaire semble n'avoir plus sa raison d'être.

Les juges français sont nommés par le Président de la République. Ils ne peuvent entrer en fonctions qu'après avoir prêté serment (ord. 26 septembre 1842, art. 2). Leurs au-

[1] V. *Revue critique*, livraison de décembre 1876, p. 734.

Digitized by Google

diences sont publiques, au civil comme au criminel, excepté dans les affaires où la publicité est jugée dangereuse pour l'ordre et les mœurs. Leurs jugements sont toujours motivés (*ibid.*). Les magistrats portent le même costume que ceux de la métropole (*ibid.*, art. 26). Ils peuvent demander à rentrer dans la magistrature métropolitaine après cinq années d'exercice de leurs fonctions en Algérie (*ibid.*, art. 25).

Des interprètes assermentés sont spécialement attachés au service des divers tribunaux, et répartis selon les besoins, par arrêté du procureur général (*ibid.*, art. 22).

Des interprètes traducteurs sont chargés de la traduction des actes produits devant les tribunaux.

Nul acte écrit en langue arabe ou étrangère ne peut être produit en justice, cité ou annexé à un autre acte reçu par un officier public français, s'il n'est accompagné de la traduction faite et certifiée par un interprète traducteur assermenté (ord. 19 mai 1846, art. 4).

Pour ce qui concerne l'organisation intérieure du corps judiciaire, des dispositions spéciales règlent les questions de discipline proprement dites (arrêté min. 22 novembre 1842, tit. II, art. 16 à 21), la résidence et les congés (*ibid.*, tit. III, art. 22 à 30), le rang de service aux audiences (autre arrêté de même date, tit. I, chap. I, art. 1 et 2), les préséances et les honneurs (*ibid.*, chap. II, art. 23 à 26), les traitements (D. 14 octobre 1856), le roulement des magistrats (D. 25 février 1860), les vacances (D. 19 mai 1853).

Les dispositions de ce dernier décret fixent les vacances du 1er août au 1er octobre (art. 1). Pendant cette période le service de la Cour est fait par la chambre des appels correctionnels (*ibid.*, art. 4), et celui des tribunaux de première instance par la chambre de police correctionelle (*ibid.*, art. 6).

Pour encourager l'étude et la connaissance de la langue arabe, un supplément de traitement de 200 à 400 francs est attribué aux magistrats qui justifient de connaissances équivalentes à celles qui sont réclamées des interprètes militaires de première et de troisième classe (D. 25 mars 1860). Le même avantage est accordé aux assesseurs musulmans, aux *cadis* et à leurs *adels*, qui parlent, lisent et écrivent correctement la langue française (*ibid.*).

Compétence. — Les tribunaux français connaissent, entre

Digitized by Google

toutes personnes, de toutes les affaires civiles et commerciales, à l'exception de celles dans lesquelles les musulmans sont seuls parties, qui sont portées devant les cadis (ord. 26 septembre 1842, art. 33).

L'ordonnance du 10 août 1834, dont l'article 27 limitait la compétence des tribunaux français aux contestations entre indigènes de religions différentes, a été formellement abrogée. L'ordonnance de 1842, en substituant le mot *musulman* au mot *indigène*, a restreint la compétence des tribunaux indigènes aux affaires dans lesquelles les « musulmans » sont « seuls » parties (art. 33). Les tribunaux indigènes cessent, même en ce cas, d'être compétents, lorsque les parties consentent à porter leur contestation devant un tribunal français.

La jurisprudence applique la disposition de l'article 33 aux étrangers résidant en Algérie. Toutefois, en ce qui concerne les questions d'état, la compétence des tribunaux français a été contestée.

La loi française régit les conventions et contestations entre Français et étrangers (art. 37).

Les tribunaux français connaissent de tous les crimes, délits ou contraventions, à quelque religion qu'appartienne l'inculpé.

TERRITOIRE CIVIL.

Justices de paix.

La juridiction des justices de paix a été instituée en Algérie par l'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 3). Chaque juge de paix a deux suppléants et un greffier (*ibid.*, art. 11). Les fonctions de ministère public près le tribunal de simple police sont remplies par un commissaire de police ou un autre officier de police désigné par le procureur général (*ibid.*). Les juges de paix doivent être licenciés en droit et âgés de vint-cinq ans révolus (*ibid.*, art. 23).

La compétence des juges de paix en premier et dernier ressort, et leurs attributions spéciales en matière civile et de simple police, sont les mêmes que celles des juges de paix de France (*ibid.*, art. 12). Les lois du 25 mai 1838 et du 2 mai 1855 sur les justices de paix sont applicables à l'Algérie (ord. 16 avril 1843, art. 45; D. 18 juillet 1855).

Digitized by Google

La forme de procéder est celle qui est suivie en France devant les tribunaux de paix (ord. 26 sept. 1842, art. 55).

Devant les tribunaux de simple police, la procédure est celle déterminée par les sections I et III, chap. I, titre I, du livre II du Code d'instruction crimininelle (*ibid.*, art. 26). Les juges de paix exercent leur juridiction comme juges de police sur toute personne, quelle que soit sa nationalité, Française, étrangère ou indigène (*ibid.*, art. 38).

En matière de simple police, un décret du 14 août 1850, dérogeant aux dispositions de l'article 171 du Code forestier, attribue aux juges de paix la connaissance des délits forestiers dans tous les cas où l'amende n'excède pas 150 francs.

Dans certains centres de population, en raison de l'éloignement du tribunal de première instance, un décret du 19 avril 1854 a étendu la compétence des juges de paix. Les juges de paix à compétence étendue connaissent de toutes actions personnelles et mobilières en matière civile et commerciale, en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 500 francs, et en premier ressort, jusqu'à celle de 1,000 francs.

Ils exercent en outre les fonctions des présidents des tribunaux de première instance, comme juges de référé, en toutes matières, et peuvent, comme eux, ordonner toutes mesures conservatrices.

En matière correctionnelle, ils connaissent : 1° de toutes les contraventions de la compétence des tribunaux correctionnels; 2° des infractions aux lois sur la chasse; 3° de tous les délits dont la peine n'est pas supérieure à six mois d'emprisonnement ou à 500 francs d'amende (*ibid.*, art.. 2).

Les appels des jugements rendus, en matière correctionnelle, par les juges de paix sont portés au tribunal dans la circonscription duquel est située la justice de paix (*ibid.*, art. 3).

La compétence des juges de paix ne peut être étendue que par décret (*ibid.*, art. 2).

Le nombre des juges de paix à compétence étendue est de vingt-cinq, savoir : Aumale, Médéah, Terrès, Batna, Guelma, Sidi-bel-Abbès (D. 15 novembre, 1854), Milianah, Orléansville, Mascara (D. 23 avril 1855), Bouffarick, Saint-Denis-du-Sig (D. 5 décembre 1857), Jemmapes, Mondovi, Cherchell (D. 21 novembre 1860), Dellys, Misserghin,

Digitized by Google

Tiaret, El-Anouch, Souk-Aras, Biskra, Aïn-Beïda (D. 3 mai 1865), Coléah (D. 21 avril 1866), j'Alma, Saïda, Relizane (D. 13 novembre 1867). La compétence étendue que des décrets avaient attribuée aux juges de paix de Mostaganem, Tlemcen, Sétif, Bougie et Tizi-Ouzou a cessé par le fait de la création de tribunaux de première instance dans chacune de ces localités.

Un décret du 10 août 1875 a fixé à 69 le nombre total des justices de paix de l'Algérie, et a déterminé le ressort de chacun de ces tribunaux.

Dans ce nombre sont comprises 28 justices de paix créées par les décrets des 23 avril 1874 et 10 août 1875 (art. 1 et 3). Ces nouvelles créations, en permettant d'étendre à toute l'Algérie la juridiction des justices de paix, ont eu pour effet d'abolir le régime exceptionnel qui attribuait, dans certaines parties du territoire civil, à des commissaires civils, et dans les territoires militaires, aux commandants de place, les fonctions de juges de paix (ord. 31 octobre 1838, art. 3, et décret du 10 août 1875, art. 6).

Toutefois, jusqu'à l'établissement de justices de paix à Géryville et Sebdon, un officier de l'armée pourra être, sur la proposition du procureur général et par arrêté du gouverneur général, provisoirement investi, dans toute l'étendue du cercle, des attributions conférées aux juges de paix.

La compétence de ce fonctionnaire, en premier et dernier ressort, reste déterminée par les articles 12 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 et 2 du décret du 14 mai 1850. Il connaît en outre, en matière commerciale, de toutes affaires, savoir : 1° en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 100 francs; 2° en premier ressort, jusqu'à la valeur de 500 francs. Les appels de ses décisions, en toute matière, seront portés devant le tribunal de l'arrondissement. Un sous-officier remplira, auprès du fonctionnaire juge de paix, l'office de greffier (D. 10 août 1875, art. 6).

Le rapport qui précède ce décret porte que les cercles militaires de Gergyville et de Sebdon, sont rattachés, le premier au canton de Saïda et le second au canton de Tlemcen, et que l'attribution des fonctions de juges de paix à des officiers ne devra avoir lieu que dans le cas où l'on ne

Digitized by Google

pourrait pas trouver dans la population civile, qui ne compte que de très-rares représentants, des suppléants capables.

Dans les cantons judiciaires qui comprennent plusieurs cercles militaires, le nombre des suppléants du juge de paix pourra être supérieur à celui qui a été fixé par l'article 3 de la loi du 29 ventôse an XI.

Le décret du 10 août 1875 développe dans une large mesure l'institution des audiences foraines que les juges de paix ou leurs suppléants doivent tenir, à des époques déterminées, dans les parties les plus éloignées de leur canton. Les articles 8 et suivants désignent les localités où ces audiences seront établies. En outre, des audiences foraines pourront à l'avenir être installées, par arrêtés du garde des sceaux, ministre de la justice, à la charge par les communes où elles seront tenues, de supporter les droits et indemnités accordés aux juges de paix, greffiers et interprètes par les articles 88, 89, 22 et 91 du décret du 18 juin 1811.

Le décret du 10 août 1875, en établissant des juges de paix dans toute l'étendue de l'Algérie et en supprimant les fonctions judicaires conférées aux commandants des territoires militaires, a rendu sans effet, sauf pour les cercles militaires de Géryville et de Sebdou, le décret du 14 février 1874 qui étend les attributions de police judiciaire des officiers des bureaux arabes, à la recherche des délits commis par des Européens dans les territoires où il n'existe pas d'officiers de police judiciaire. Mais il laisse subsister le décret du 15 mars 1860 qui leur confère ces mêmes fonctions en territoire militaire, pour la recherche des délits commis par les indigènes.

Les juges de paix et leurs greffiers n'ont droit à aucune vacation pour les actes ou opérations auxquels ils procèdent dans l'ordre de leurs attributions. Il leur est seulement alloué, selon les cas, une indemnité de transport, réglée par arrêté ministériel, en raison des distances parcourues (ord. 26 sept. 1842, art. 29; arrêté min. 28 nov. 1861).

Dans les localités autres que les chefs-lieux de tribunaux de première instance, les juges de paix de l'Algérie sont autorisés à légaliser, concurremment avec les présidents des tribunaux, les signatures des notaires et celles des officiers de l'état civil de leurs cantons respectifs (D., 19 déc. 1859).

Digitized by Google

Devant les justices de paix, le ministère des défenseurs n'est admis que dans les causes sujettes à appel et en vertu d'une autorisation spéciale du juge (arrêté 26 nov. 1841, art. 3).

Tribunaux de première instance.

L'Algérie comprend onze tribunaux de première instance : Alger, Blidah, Tizi-Ouzou, Bône, Bougie, Constantine, Philippeville, Sétif, Mostaganem, Oran, Tlemcem (D. 10 août 1875, art. 1).

Leur organisation est la même que celle des tribunaux similaires de la métropole, sauf l'adjonction à chaque tribunal d'un assesseur musulman, avec voix consultative, pour le jugement des contestations civiles entre musulmans (D. 5 déc. 1861, art. 2).

Les tribunaux de première instance ne peuvent juger qu'au nombre de trois juges au moins (ord. 26 sept. 1842, art. 8, et 30 nov. 1844, art. 5 et 8).

Les juges suppléants peuvent être attachés au service du parquet de leur siége sur la désignation du procureur général. Ils reprennent leur siége comme juges, lorsqu'ils ne sont plus employés au parquet (ord. 26 sept. 1842, art. 19).

Les greffiers, comme tous les officiers publics et ministériels de l'Algérie, sont soumis à la règle de l'intransmissibilité des offices. Ils ne peuvent présenter de successeurs, et tout traité pour la cession ou la transmission de titres entraîne la révocation soit du greffier en exercice, soit de son successeur, si la nomination avait suivi le traité (ord. 9 fév. 1845, art. 2).

Compétence. — La compétence, en premier et dernier ressort, des tribunaux de première instance, en matière civile et correctionnelle, est la même que celle des tribunaux de première instance de la métropole. Ils connaissent de l'appel des jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de paix, en matière civile et de simple police. Ils connaissent des matières commerciales, s'il n'existe pas de tribunaux de commerce dans leur ressort (ord. 26 sept. 1842, art. 10).

Ils connaissent en outre de l'appel des jugements rendus par les cadis, en premier ressort, lorsque l'intérêt du litige n'excède pas 2.000 francs, pour les actions personnelles et

Digitized by Google

mobilières, et 200 francs de revenu pour les actions immobilières (D. 31 déc. 1859 et 13 déc. 1866, art. 22).

Enfin, en matière correctionnelle, les tribunaux de première instance connaissent aussi des appels des jugements rendus en matière correctionnelle par les juges de paix à compétence étendue (D. 19 août 1854, art. 3).

Procédure civile.—Le Code de procédure civile, ainsi que la loi du 21 mai 1858 qui en a modifié certaines dispositions, sont applicables en Algérie, sauf les dérogations suivantes :

Lorsqu'il s'agit de droits ou actions ayant pris naissance en Algérie, le demandeur peut assigner à son choix, ou en France devant le tribunal du domicile du défendeur, ou en Algérie devant le tribunal dans le ressort duquel le droit ou l'action ont pris naissance (ord. 16 avril 1843, art. 2).

En Algérie, la résidence habituelle vaut domicile (*ibid.*, art. 2). Cette disposition a pour but d'éviter que l'Algérie ne devienne un lieu de refuge pour les étrangers de mauvaise foi désireux d'éviter toute poursuite pour dettes ou engagements contractés à leur domicile d'origine. C'est pour le même motif que la compétence des tribunaux français a été étendue aux contestations entre toutes personnes (Alger, 18 août 1848, 18 nov. 1852).

Les citations et significations peuvent être faites à la personne ou au domicile d'un mandataire porteur d'un pouvoir spécial et formel de défendre à la demande. — Dans le cas où le lieu du domicile ou celui de la résidence de la partie citée n'est pas connu, l'article 4 de l'ordonnance de 1843 indique les formalités de publicité à remplir.

Des délais d'ajournement spéciaux sont fixés pour les citations faites aux personnes domiciliées ou résidant en Algérie, ou en dehors de la France continentale et de l'Algérie (*ibid.*, art. 6, 7, 9). La loi du 3 mai 1862, qui fixe à un mois le délai d'ajournement en France pour ceux qui demeurent en Algérie, et réciproquement (*ibid.*, art. 8), est applicable à l'Algérie bien qu'elle n'y ait pas été promulguée (C. d'Alger, 25 oct. 1865).

Toutes les matières en Algérie sont réputées sommaires, et jugées sur simples conclusions motivées, signées par le défenseur constitué (ord. 16 avril 1843, art. 11).

Digitized by Google

La garantie de la caution *judicatum solvi* peut être exigée de l'étranger demandeur, même par l'étranger défendeur, mais le premier en est dispensé par le fait de la résidence habituelle ou d'un établissement en Algérie (*ibid.*, art. 18, 19, 20).

Tout créancier peut former opposion au départ, par voie de mer, de son débiteur, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal civil du lieu où le débiteur veut s'embarquer (*ibid.*, art. 23). — Si l'opposition au départ du débiteur présumé est reconnue vexatoire et de mauvaise foi, il y a lieu contre l'opposant à dommages-intérêts. Le tribunal peut même prononcer contre lui une amende de 100 à 500 francs (*ibid.*, art. 31).

Nonobstant toutes dispositions des lois, les nullités des exploits et actes de procédure sont facultatives pour le juge qui peut, selon les circonstances, les accueillir ou les rejeter (ord. 26 sept. 1842, art. 69; ord. 16 avrrl 1843, art. 46).

Droit civil. — Certaines dispositions spéciales à l'Algérie, y ont modifié la législation française, notamment en ce qui concerne les *conventions*, le *louage*, le *prêt à intérêt*, les *successions vacantes*, etc.

Conventions. — Les conventions sont soumises, en principe, au droit commun. Toutefois les conventions sous seing privé entre un Européen et un indigène doivent être écrites dans les langues des contractants, les deux textes étant placés en regard l'un de l'autre (arr. du gouv. gén., 9 juin 1831).

L'inobservation de cette formalité n'entraînerait cependant pas la nullité de l'acte : s'il était établi que l'indigène sait lire, écrire et parler le français (Alger, 26 janv. 1856), ou qu'il a une parfaite connaissance des conditions de la convention (Alger, 3 mars 1864); si l'existence de l'acte n'est pas déniée, et si l'exécution en a été demandée par la partie qui invoque la nullité (Alger, août 1851 et 8 juillet 1863); si la convention n'étant pas déniée il est établi qu'il y a eu consentement de la part des parties (Alger, 3 juillet 1856); si celui qui excipe de la nullité a antérieurement demandé la validité de l'acte (Alger, 20 janvier 1852).

La nullité de la convention ne peut être demandée par un

Digitized by Google

indigène israélite ne parlant pas le français (Alger, 29 fév. 1868).

Pour les actes authentiques, reçus par les notaires, cadis ou autres officiers publics de l'Algérie, outre la rédaction dans les langues respectives des parties, la présence d'un interprète traducteur assermenté, qui signe comme témoin additionnel, est nécessaire pour la validité de l'acte (arr. 2 fév. 1835 et 19 mai 1846; *sic* Alger, 21 avril 1845).

Tout acte public ou sous seing privé, écrit en langue étrangère, ne peut être soumis à l'enregistrement sans être accompagné d'une traduction certifiée par un traducteur assermenté (arr. 23 août 1859, art. 1). La mention de l'enregistrement est appliquée sur la traduction et sur l'original (*ibid.*, art. 3).

Contrats de louage. — Une ordonnance du 10 août 1846 a fixé des délais spéciaux, en raison de l'absence d'usages locaux, pour les congés des baux et locations. Ces délais sont de 180 jours, avant le terme, pour une maison, un corps de logis, une boutique sur la rue ; de 90 jours, pour les appartements au-dessus de 400 francs ; de 46 jours pour les appartements au-dessous de 400 francs (art. 1). Les mêmes règles sont applicables aux baux des meubles destinés à garnir lesdits apppartements (art. 6).

Il est à remarquer que les quittances d'un payement mensuel ne suffiraient pas à elles seules pour établir que la location a eu lieu au mois; il faudrait de plus que cette condition de la location y fût stipulée expressément (jugements du tribunal d'Alger, des 27 sept., 3 août et 10 oct. 1850, rapportés par M. de Ménerville).

Prêt à intérêt. — En vertu de l'ordonnance du 7 décembre 1845, l'intérêt conventionnel de l'argent peut être porté au taux qu'il convient aux parties, et leur convention à cet égard fait loi. — Le taux légal est fixé à 10 p. 100.

La jurisprudence décide, en conséquence, que les intérêts d'une obligation qui a pris naissance en Algérie sont, à défaut de stipulation contraire, de 10 p. 100 l'an (Alger, 1er mars 1852). Les indigènes qui ont stipulé des intérêts dans une convention sont présumés avoir eu l'intention de se soumettre à la loi française, même au cas où la loi musulmane prohiberait le prêt à intérêt (Alger, 1er août 1848).

Digitized by Google

Successions vacantes. — La fréquence des vacances de successions, en Algérie, a nécessité des mesures spéciales ayant pour but de pourvoir à la curatelle de ces successions. L'ordonnance du 26 décembre 1842 a institué, dans le ressort de chaque tribunal de première instance, des curateurs aux successions vacantes, c'est-à-dire à celles à l'ouverture desquelles aucun héritier ne se présente, soit en personne, soit par un mandataire spécial, ou bien auxquelles des héritiers présents connus ont renoncé (art. 1 et 2).

S'il y a des héritiers présents et des héritiers absents, l'intervention du curateur est facultative. C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider qui, de lui ou des héritiers présents, doit avoir l'administration des immeubles (Alger, 8 oct. 1864).

Les curateurs sont de véritables officiers publics (ord. 16 déc. 1842, art. 1 et 8). Ces fonctions peuvent être confiées à des officiers ministériels. Les curateurs sont nommés par le procureur général et soumis à sa surveillance (*ibid.*, art. 3 et 6).

En cas de décès, l'officier de l'état-civil doit s'informer s'il y a des héritiers du défunt présents ou connus. Dans le cas de la négative, il doit en donner avis au procureur de la République, au juge de paix et au curateur du lieu (*ibid.*, art. 7 et 8; circul. du gouv. général, 14 juillet 1863).

Le curateur exerce et poursuit, sans avoir besoin d'une autorisation spéciale, tous les droits et actions mobilières et immobilières de la succession, et répond à toutes demandes formées contre elle (*ibid.*, art. 17). Le curateur ayant un mandat légal et général peut discuter la qualité de celui qui se présente comme héritier (Alger, 28 janvier 1861).

La gestion financière du curateur est contrôlée par le receveur des domaines du ressort (décret 23 oct. 1856, art. 3). Les curateurs sont tenus de verser dans la caisse du receveur des domaines tout le numéraire trouvé dans les successions et les deniers provenant du recouvrement des créances actives et de la vente des meubles ou immeubles (ord. 26 déc. 1842, art. 20). Les curateurs ne peuvent acquitter directement aucune dette ni aucune dépense de la succession. Tout payement doit être fait par le receveur des domaines (*ibid.*, art. 21), sauf pour les petites dettes privilé-

Digitized by Google

giées qui s'acquittent selon les prescriptions de la décision ministérielle du 7 juillet 1854.

Les honoraires des curateurs sont taxés par le président du tribunal civil (*ibid.*, art. 44).

Les curateurs rendent annuellement un compte de leur gestion qu'ils déposent au greffe du tribunal du ressort qui statue. Le curateur est passible d'une amende de 100 à 500 francs par chaque mois de retard dans la reddition de ses comptes, s'il y a lieu (*ibid.*, art. 26). C'est au parquet qu'il appartient de veiller à l'exécution de ces prescriptions.

Le registre et le livre-journal des curateurs sont vérifiés, chaque trimestre, par le procureur de la République, le juge de paix, le commissaire de police (*ibid.*, art. 25) et le receveur des domaines.

Les dispositions précédentes ne sont pas applicables aux successions musulmanes et à celles qui sont laissées en Algérie par des étrangers. C'est au consul de la nation du *de cujus*, en pareil cas, que doit être laissé le soin d'administrer la succession. Des conventions spéciales ont été conclues entre la France et l'Espagne à ce sujet.

Pour ce qui concerne les successions vacantes des militaires, une ordonnance du 11 juin 1844 dispose que les effets mobiliers laissés par les officiers ou soldats décédés dans les hôpitaux militaires sont soumis aux règlements militaires sur le service des hôpitaux (art. 1), et que les biens immobiliers sont administrés conformément aux dispositions de l'ordonnance du 26 décembre 1842.

En dehors des prescriptions particulières de l'ordonnance de 1842 les règles de droit commun sont applicables aux successions vacantes en Algérie.

État civil. — Les règles relatives à la tenue de l'état civil sont les mêmes en Algérie qu'en France. L'état civil des Arabes est reçu par l'autorité française. Toutefois, dans les localités éloignées des villes ou villages, les actes sont reçus par les cheiks, lesquels sont obligés de les transmettre au maire de la commune (D. 8 août 1854).

En territoire militaire, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies par le commandant de place (arrêté du 29 sept. 1848, art. 6; arr. min. 5 août 1843). Toutefois, la

Digitized by Google

tenue des registres est confiée aux maires quand les deux autorités civiles ou militaires résident au même lieu (arr. gouv. 20 mars 1865).

Légalisation. — Un décret du 19 octobre 1859 porte que dans les localités autres que les chefs-lieux de tribunaux de première instance, les juges de paix sont autorisés à légaliser, concurremment avec les présidents de ces tribunaux, les signatures des notaires et celles des officiers de l'état civil de leurs cantons respectifs.

Les signatures des officiers de l'armée, faisant fonction d'officiers de l'état civil en territoire militaire, doivent être légalisées par les présidents des tribunaux de première instance auxquels ressortissent les diverses circonscriptions du territoire militaire (arr. 8 mai 1852).

Les actes provenant de l'intérieur des provinces ne peuvent servir dans les transactions passées en territoire militaire s'ils ne sont pas certifiés véritables par le cadi du lieu, légalisés par le bey de l'arrondissement dans la circonscription duquel ils ont été faits, et s'ils ne sont revêtus, en outre, du visa du chef de l'administration civile et, à son défaut, du commandant des troupes françaises en résidence au chef-lieu du beylik (arrêté du gouv. 19 mars 1836).

Droit pénal. — En matière correctionnelle, la police judiciaire, les poursuites, les formes de procédure, celles de l'opposition et de l'appel, sont réglées d'après les dispositions du Code d'instruction criminelle et la loi modificative du 17 juillet 1856 (D. 15 déc. 1858, art. 4).

La loi du 3 mai 1862, sur les délais de distance, est applicable en matière correctionnelle.

Les appels des jugements rendus en matière correctionnelle par les tribunaux de première instance sont portés à la Cour d'appel (D. 18 août 1856, art. 3).

Le décret du 15 décembre 1858 déclare applicables en Algérie les chapitres 6, 7, 8 et 9 du Code d'instruction criminelle, modifiés par les lois des 4 avril 1855 et 17 juillet 1856 (des juges d'instruction, des mandats de comparution, du dépôt, de la liberté provisoire et du cautionnement, des ordonnances du juge d'instruction) (art. 55 à 136).

Les tribunaux correctionnels connaissent de tous délits et contraventions, à quelque nation ou religion qu'appartienne

Digitized by Google

l'inculpé. Toutefois les délits commis en dehors du ressort du tribunal sont déférés aux conseils de guerre (ord. 26 sept. 1842, art. 38 et 42; déc. 15 mars 1860).

Ces tribunaux ne peuvent prononcer contre les indigènes d'autres peines que celles établies par les lois pénales françaises (ord. 26 sept. 1842, art. 40).

Cours d'appel.

La Cour d'appel instituée à Alger a les mêmes attributions que les autres Cours de France[1].

Elle se compose de quatre chambres : deux civiles, une correctionnelle, une des mises en accusation; avec un premier président, trois présidents de chambre, vingt-quatre conseillers, un procureur général, trois avocats généraux et deux substituts (déc. 1er mars 1854 et 15 déc. 1858).

Le ressort de la Cour d'appel embrasse tous les territoires compris dans la juridiction des tribunaux de l'Algérie (ord. 30 nov. 1844, art. 1). Toutefois la Cour d'appel peut connaître des sentences rendues par les tribunaux musulmans, sans distinction de territoire, dans les cas prévus par les décrets des 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866.

En dehors de ces attributions relatives à la justice musulmane, que la Cour partage avec les tribunaux de première instance, la compétence et les formes de procédure sont les mêmes que celles des Cours d'appel de la métropole (ord. 26 sept. 1842 et ord. 16 avril 1843).

Les attributions sont aussi les mêmes en ce qui concerne la formation des chambres, le roulement des magistrats et l'ordre du service (déc. du 15 décembre 1858 et déc. du 25 février 1860).

Aucun président ou conseiller ne peut être obligé de rester plus de deux années consécutives soit dans l'une des chambres criminelles, soit dans l'une des chambres civiles (décret du 28 mai 1862).

Lorsque la Cour de cassation annule un arrêt de la cham-

[1] Avant l'établissement de la Cour d'appel, un tribunal supérieur en tenait lieu. Sous ce régime, le procureur général, investi de pouvoirs considérables, avait seul, sous l'autorité du ministre et du gouverneur général, la haute direction du service judiciaire.

Digitized by Google

bre des mises en accusation de la Cour d'appel d'Alger, elle prononce le renvoi du procès devant une autre chambre de ladite Cour (L. du 9 mai 1863, art. 1). Toutefois la Cour de cassation peut, suivant les circonstances, renvoyer l'affaire devant la chambre des mises en accusation d'une autre Cour (*ibid.*).

La Cour d'appel d'Alger a la connaissance directe des poursuites dirigées, après autorisation du gouvernement, contre les membres ou agents des tribunaux musulmans, lorsqu'ils exercent leurs fonctions en territoire civil (décret du 1er oct. 1854), sauf en matière criminelle pour laquelle ces fonctionnaires relèvent de la Cour d'assises de leur ressort (Cass. crim. rej., 3 octobre 1857, aff. Doineau).

Cours d'assises.

La composition, la compétence, et la procédure concernant les Cours d'assises de l'Algérie sont régies par les décrets des 19 août 1854, 15 décembre 1858 et 24 octobre 1870.

Le décret du 19 août 1854 a rendu applicables à l'Algérie, le chapitre III de la loi du 20 août 1810 et le titre II du décret du 16 juin 1810, relatifs à l'ouverture, à la tenue et à la clôture des assises, les chapitres du Code d'instruction criminelle relatifs : 1° à la formation des Cours d'assises; 2°, à la procédure devant les Cours d'assises; 3° enfin, à l'examen, au jugement et à l'exécution.

Jusqu'en 1870, les Cours d'assises de l'Algérie jugeaient sans l'assistance de jurés. Leur assimilation avec celles de la métropole est maintenant à peu près complète. Les Cours d'assises statuent avec l'assistance des jurés (décret 24 octobre 1870, art. 1). La composition du jury est réglée par le décret du 7 août 1848 modifié par la loi du 24 novembre 1872. Les sessions ordinaires se tiennent tous les quatre mois dans chaque Cour d'assises (*ibid.*, art. 2). La liste annuelle du jury comprend 400 noms pour le département d'Alger, 300 pour le département d'Oran et de Constantine, et 200 pour l'arrondissement de Bône (*ibid.*, art. 3). Les dispositions du Code d'instruction criminelle sur la formation des Cours d'assises sont applicables à l'Algérie, à

Digitized by Google

l'exception de l'incompatibilité prévue par l'article 257, § 2, du Code d'instruction criminelle (art. 6).

Le ressort de la Cour d'assises d'Alger comprend les arrondissements d'Alger et de Blidah ; celui de la Cour d'assises d'Oran, les arrondissements de Tlemcen et de Mostaganem ; celui de la Cour d'assises de Constantine, les arrondissements de Philippeville et de Sétif. Il y a une Cour d'assises dans l'arrondissement de Bône (*ibid.*, art. 2).

La nomination du président d'assises et des conseillers assesseurs est faite, quatre mois au moins avant l'ouverture de la session, par le ministre de la justice (déc. 19 août 1854, art. 8). A défaut, il y était procédé jadis par le procureur général. Mais, depuis le décret du 15 décembre 1858 qui a conféré au premier président les mêmes attributions, rang, et prérogatives que dans les autres Cours d'appel, c'est à ce magistrat qu'il appartient de procéder à la nomination du président des assises, dans le cas où elle n'a pas été faite, dans le délai, par le ministre de la justice. L'ordonnance qui fixe l'époque de l'ouverture des assises est publiée deux mois au moins avant l'ouverture de la session (décret du 19 août 1854, art. 8).

Les mêmes présidents et assesseurs sont désignés pour chaque département. Ces magistrats se transportent successivement dans les divers arrondissements pour y exercer leurs fonctions (*ibid.*, art. 7).

La compétence des Cours d'assises embrasse tous les faits qualifiés crimes par la loi (*ibid.*, art. 4). Cette compétence s'étend sur le territoire militaire, mais seulement en ce qui concerne les Européens.

Les crimes commis en territoire militaire par tous autres sont déférés aux conseils de guerre (ord. 26 sept. 1842, art. 42).

Tribunal de commerce.

Des tribunaux de commerce ont été établis à Alger (ord. 10 août 1834), à Oran (ord. 5 mars 1847) et à Constantine (D. 27 décembre 1858).

Dans les autres localités, les affaires commerciales sont déférées, soit aux tribunaux civils jugeant commercialement,

Digitized by Google

soit aux juges de paix à compétence étendue, dans la limite de la compétence qui leur est attribuée par le décret du 19 août 1854.

L'ordonnance du 26 décembre 1847 a donné aux commerçants le droit d'élire leurs juges. Le nombre des électeurs consulaires est fixé à 70 pour Alger, 50 pour Constantine et 60 pour Oran (arr. 17 mai et 14 août 1861; 13 avril, 10 juillet, 7 août 1863; 12 février, 8 juin, 30 décembre 1864; 18 mars 1865). L'époque des élections consulaires est fixée par un arrêté du gouverneur général (ord., 24 novembre 1847, art. 4).

Le tribunal de commerce d'Alger se compose de 1 président, 9 juges et 5 suppléants (arr. gouv. 12 février 1850). Ceux d'Oran et de Constantine ont 1 président, 5 juges et 3 suppléants (arr. du gouv. gén. 12 février 1850; déc. 27 décembre 1858). Un greffier et des commis greffiers sont attachés à chaque tribunal (ord. 26 septembre 1842, art. 14; ord. 24 novembre 1847, art. 7).

Les membres des tribunaux de commerce de l'Algérie sont indéfiniment rééligibles. Ils ne peuvent juger qu'au nombre de trois. Ils ne reçoivent ni traitement ni indemnité (ord. 26 septembre 1842, art. 14; ord. 24 novembre 1847, art. 7).

En cas de départ ou de récusation légale d'un ou plusieurs juges, le tribunal se complète par l'adjonction de suppléants ou de notables pris sur la liste suivant l'ordre dans lequel ils sont portés (ord. 24 novembre 1847, art. 6).

La compétence et les attributions des tribunaux de commerce de l'Algérie sont les mêmes que celles des tribunaux de commerce de la métropole. Les tribunaux de commerce jugent en dernier ressort dans les limites établies pour les tribunaux civils par l'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 36).

Il n'y a pas d'agréés institués près les tribunaux de commerce. (Un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1850 a annulé, pour excès de pouvoirs, une délibération du tribunal de commerce d'Alger ayant pour but de créer un corps d'agréés.) La défense des parties peut être présentée par toute personne pourvue d'un pouvoir spécial à cet effet (arr. gouv. 17 juillet 1848, art. 2).

Digitized by Google

TERRITOIRE MILITAIRE.

Justice française.

En territoire militaire, les Européens sont justiciables des mêmes juridictions qu'en territoire civil, aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle (D. 14 mars 1860, art. 1 et 2). En cas de complicité de militaires avec des Européens, tous les inculpés sans exception sont traduits devant les tribunaux ordinaires (D. 14 mars 1860, art. 4), à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou délit prévu par le titre II, livre IV, du Code de justice militaire, auquel cas la compétence des conseils de guerre s'applique à tous les inculpés.

Les indigènes, en matière civile, sont justiciables des tribunaux musulmans. En matière de crimes et de délits, ils sont justiciables des conseils de guerre (ord. 26 septembre 1842, art. 42).

Les conseils de guerre connaissent encore des délits et contraventions en matière de douanes et de contributions indirectes. En ce cas, l'administration peut actionner en réparations civiles devant les conseils de guerre comme devant les tribunaux correctionnels. Elle peut en outre former un recours en révision pour violation ou omission des formes prescrites et se pourvoir ensuite en cassation contre la décision du conseil de révision (Crim. cass., 9 juin 1866, affaire Mohamed-Merabat). Cette dernière faculté résulte de l'ordonnance de 1842 qui autorise spécialement les Français et les Européens à se pourvoir contre les décisions des conseils de guerre.

Les indigènes peuvent se pourvoir en révision contre les conseils de guerre, mais seulement pour les cas prévus par les lois militaires, savoir : composition irrégulière du conseil, violation des règles de compétence, défaut d'application de la peine portée par la loi ou application d'une peine en dehors des cas prévus par la loi, omission des formes prescrites à peine de nullité, omission de statuer sur une demande de l'accusé ou une réquisition du commissaire du gouvernement (loi 9 juin 1857, art. 74). Les indigènes ne peuvent se pourvoir en cassation contre les décisions des conseils de guerre. Cette faculté leur est implicitement re-

Digitized by Google

fusée par l'article 42 de l'ordonnance du 28 septembre 1842 qui la réserve exclusivement aux Français et aux Européens traduits devant un conseil de guerre.

L'extension de la compétence des conseils de guerre aux crimes et délits commis par les indigènes a nécessité une organisation spéciale de la police judiciaire. Outre les agents désignés dans l'article 84 du Code de justice militaire (L. du 9 juin 1857), le décret du 15 mars 1860 (art. 5) confère les attributions d'officiers de police judiciaire : 1° aux commandants, majors et adjudants de place; 2° aux sous-officiers et commandants de brigades de gendarmerie; 3° aux chefs des bureaux arabes et à leurs adjoints. Ces fonctionnaires transmettent à l'autorité judicaire compétente (soit civile, soit militaire) les procès-verbaux et les pièces à conviction, et, en cas d'arrestation de l'inculpé, le mettent à la disposition de cette autorité.

S'il y a concurrence entre un officier de police judiciaire de l'ordre civil et un officier de police judiciaire appartenant à l'armée, l'instruction est faite par le premier (*ibid.*).

AUXILIAIRES DE LA JUSTICE.

Avocats. — L'ordre des avocats a été établi devant la Cour d'appel d'Alger et les tribunaux de son ressort par arrêté du gouverneur général du 16 avril 1848. Il paraît résulter de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Alger que la qualité de Français, sans la qualité de citoyen, suffit pour exercer la profession d'avocat (C. d'Alger, 24 février 1842). La profession d'avocat est exercée en Algérie au même titre, aux mêmes conditions et soumise aux mêmes règles de discipline que dans la métropole. Les avocats appartenant aux barreaux de la métropole peuvent plaider devant les tribunaux de l'Algérie avec une autorisation spéciale du ministre de la guerre (arr. min. 26 novembre 1841, art. 2). Cette formalité n'est pas exigée dans la pratique.

Défenseurs. — L'institution des défenseurs date de 1834. C'est un corps d'officiers ministériels cumulant les fonctions d'avoués et d'avocats. L'arrêté du 16 avril 1848, qui établit en Algérie l'ordre des avocats, porte que les défenseurs en exercice en Algérie continueront, concurremment avec les

Digitized by Google

avocats inscrits, de jouir du droit de plaider devant les Cours de tribunaux, et qu'ils rempliront en outre provisoirement les fonctions d'avoués (*ibid.*, art. 5).

La corporation des avoués n'ayant pas été établie auprès des corps judiciaires de l'Algérie, plusieurs décrets donnent ce titre aux défenseurs, et l'ordonnance du 16 avril 1843 ayant complétement assimilé leur ministère à celui des avoués de la métropole, il y a lieu de les considérer comme remplissant les fonctions d'avoués.

Il y a constitution de défenseur dans tous les cas où la constitution d'avoué est prescrite par le Code de procédure civile (ord. 16 avril 1843, art. 33). Tous les actes qui, d'après le Code de procédure, doivent être faits par le ministère des avoués sont faits par le ministère des défenseurs.

Ces actes sont notifiés entre défenseurs, lorsqu'il y a lieu, dans la forme ordonnée par le Code de procédure pour les significations correspondantes d'avoué à avoué (*ibid.*, art. 34). Les défenseurs ont seuls qualité pour conclure devant la Cour et les tribunaux, pour faire et signer tous les actes nécessaires à l'instruction des causes civiles et à l'exécution des jugements et arrêts (arr. 26 novembre 1841, art. 1).

Les défenseurs sont soumis à des règles spéciales. Ils sont nommés et révoqués par décret (D. 10 août 1860, art. 6). Ils doivent être âgés de 25 ans, jouir des droits civils et politiques, être licenciés en droit, justifier d'un stage dans une étude d'avoué ou de défenseur, être Français ou résidant depuis cinq annnées consécutives en Algérie, avoir satisfait à la loi du recrutement, justifier de leur moralité, fournir un cautionnement de 4,000 francs pour la résidence d'Alger et de 2,000 francs pour les autres siéges. Ce cautionnement est affecté par privilége à la garantie des condamnations qu'ils pourraient encourir à raison de l'exercice de leurs fonctions. Ils ne peuvent céder ou transmettre leur charge, ni leur clientèle, ni se faire payer le prix de leur démission, sous peine de révocation ou de celle de leur successeur. Le défenseur dont le cautionnement est affecté dans son intégralité doit le compléter dans un délai de deux mois, à peine de remplacement (arr. 26 novembre 1861, art. 10). Quand ils ont justifié du versement de leur cautionnement, les dé-

Digitized by Google

fenseurs sont admis à prêter le serment professionnel (*ibid.*, art. 11).

Les défenseurs ne peuvent conclure ni plaider devant une autre juridiction que celle à laquelle ils sont attachés (C. Alger, 5 novembre 1859).

Les défenseurs ont droit à des honoraires. Ils ont une action pour leur recouvrement. Le Code de procédure étant en vigueur en Algérie, le tarif applicable à la taxation des frais est celui de 1807. La Cour d'Alger s'est définitivement prononcée en ce sens (C. d'Alger, 17 octobre 1853).

En matière criminelle et correctionnelle, les défenseurs ne sont assujettis à aucune taxe. Ils ne peuvent, sous peine de révocation, exiger ou accepter des prévenus ou accusés, préalablement au jugement, des engagements ou garanties pour le payement de leurs honoraires (arr. 26 nov. 1841, art. 17). Ils ne peuvent refuser leur ministère s'ils ont été désignés par le juge pour la défense des prévenus ou accusés (*ibid.*, art. 18). Ils sont tenus de se présenter en robe aux audiences (*ibid.*, art. 26).

L'exercice de la profession de défenseur est incompatible avec toute fonction publique salariée (*ibid.*, art. 20). Il leur est interdit, à peine de révocation : 1° de se rendre directement ou indirectement adjudicataires de biens meubles ou immeubles dont ils sont chargés de poursuivre la vente ; 2° de se rendre cessionnaires de droits successifs ou litigieux; 3° de faire avec leurs parties des conventions aléatoires ou autres subordonnées à l'événement du procès; 4° de s'associer, soit entre eux, soit avec des tiers, pour l'exploitation de leur office et le partage de ses produits (*ibid.*, art. 21).

Tout défenseur qui, sans autorisation et hors le cas d'excuse vérifiée, aura cessé pendant deux ans consécutifs de paraître aux audiences, sera considéré comme démissionnaire, et il sera pourvu à son remplacement (*ibid.*, art. 8).

Les peines disciplinaires applicables aux défenseurs sont: le rappel à l'ordre, la suspension pendant six mois, la révocation (*ibid.*, art. 22). Les défenseurs sont sous la surveillance du procureur général, qui peut les rappeler à l'ordre, provoquer leur suspension du ministre, ou même leur révocation, qui est prononcée par décret. En cas d'urgence et sur la proposition du procureur général, la suspension est provi-

Digitized by Google

soirement prononcée par le gouverneur général qui en rend compte immédiatement au ministre (*ibid.*, art. 21). Les tribunaux peuvent prononcer le rappel à l'ordre, la réprimande et la suspension pour trois mois (*ibid.*, art. 24; arr. 26 mai 1845, art. 8). Ils peuvent provoquer la suspension pour un temps plus long et même la révocation (arr. 26 nov. 1841, art. 24).

Un arrêté du gouverneur, du 28 juillet 1848, a autorisé la création d'une chambre de discipline près la Cour d'appel et près le tribunal de première instance d'Alger. Ces chambres sont composées d'un président, d'un rapporteur, d'un trésorier et d'un secrétaire, nommés à l'élection. Elles donnent leur avis sur toute plainte portée contre un défenseur, interviennent officieusement pour prévenir tout débat, soit entre défenseurs, soit entre les défenseurs et les parties, et représentent les intérêts collectifs des défenseurs pour toutes les demandes et réclamations et dans toutes les relations et communications avec le procureur général (ord. 26 nov. 1841, art. 25).

Dans tous les autres tribunaux, les attributions des chambres de discipline sont conférées à un défenseur, appelé syndic (arr. 26 nov. 1841, art. 25), lequel est nommé à l'élection (arr. gouv. 29 juillet 1848).

Huissiers. — Les huissiers sont soumis aux règlements en vigueur dans la métropole, pour tout ce qui concerne les fonctions, les obligations et la discipline (règlement général du 26 nov. 1842, art. 25). La transmission de leurs offices leur est interdite à peine de révocation (*ibid.*, art. 17). Les décrets des 30 juillet et 8 décembre 1862 sur la rédaction des actes et les allocations sont applicables à l'Algérie (décr. des 29 sept. 1862 et 13 mai 1863).

En territoire militaire, les fonctions d'huissier sont exercées par les commandants des brigades de gendarmerie (arrêté du 31 mai 1866, art. 1). Le répertoire, en ce cas, est visé par le juge de paix, et doit lui être représenté à toute réquisition (*ibid.*, art. 2; arr. 29 mai 1846).

Interprètes. — Il y a, en Algérie, trois classes d'interprètes : les interprètes militaires, les interprètes traducteurs assermentés et les interprètes judiciaires.

Les interprètes traducteurs assermentés ont pour fonction

Digitized by Google

d'assister devant les officiers publics les parties qui ne parlent pas la même langue. Ils ont alors la qualité de témoins additionnels (ord. 19 mai 1846, art. 3). Leur assistance est obligatoire à peine de nullité (Alger, 21 avril 1845). Il n'en est pas de même pour les actes sous seing privé (Alger, 21 avril 1845).

Ils sont en outre chargés de traduire les actes produits devant les tribunaux et ceux produits devant un juge ou un notaire par un indigène (ord. 19 mai 1846, art. 4).

Les honoraires des interprètes traducteurs ont été fixés par décret du 20 novembre 1852. La taxe en est faite par le juge. Ils ne peuvent percevoir d'autre droit, sous peine de concussion (*ibid.*, art. 8).

Les conditions à remplir pour être nommé interprète traducteur sont: l'âge de 21 ans, la qualité de Français ou la résidence en Algérie depuis trois ans, et un examen subi devant une commission spéciale désignée par le procureur général (arr. 29 mai 1846, art. 5 ; décr. 25 avril 1851, art. 6). Les interprètes traducteurs sont nommés par décret.

Les interprètes judiciaires sont attachés au service des tribunaux. Ils sont chargés de faire et certifier la traduction des notifications en matière criminelle ou correctionnelle et de tous les actes ordonnés par la justice (ord. 19 mai 1846, art. 2). Ils reçoivent un traitement fixe et ne peuvent percevoir aucun salaire, à peine de concussion (*ibid.*, art. 2 et 8). Ils sont divisés en trois classes (décr. 25 avril 1851), sont nommés par décret (arr. 20 août 1848, art. 7), prêtent serment devant le tribunal de leur résidence (ord. 19 août 1846, art. 9). Ils sont soumis à un cautionnement en numéraire de 3,000 francs pour Alger et de 1,200 francs pour les autres siéges (ord. 19 mai 1846, art. 6). Ils sont sous la surveillance du procureur général et de ses substituts. Ils peuvent être frappés des peines de la suspension et de la révocation (*ibid.*, art. 10).

Notaires. — L'exercice de la profession de notaire, en Algérie, est réglé par un arrêté ministériel du 30 décembre 1842, qui y applique les lois et règlements de la métropole relatifs à la forme des actes notariés (*ibid.*, art. 30), aux attributions et obligations des notaires en matière d'enregistrement,

Digitized by Google

aux amendes applicables aux contraventions (*ibid.*, art .31), aux amendes concernant la tenue des répertoires et des registres de dépôts et consignations (*ibid.*, art. 23, 26 ; décr. 21 avril 1852). Le même arrêté rend applicable à l'Algérie, avec réduction d'un dixième, le tarif du 16 février 1807 sur les vacations et les droits de voyage des notaires de Paris ; les droits d'expédition et de grosse sont de 2 fr. 50 par rôle de 30 lignes à la page et de 15 syllabes à la ligne (arr. 30 déc. 1842, art. 34). Pour les actes non tarifés, les honoraires sont réglés à l'amiable, sauf, en cas de difficulté, taxe par le tribunal (*ibid.*, art. 35). Un même notaire ne peut recevoir des honoraires de deux parties ayant des intérêts opposés. Les notaires doivent ajouter à leurs actes un état de leurs déboursés et honoraires (*ibid.*, art. 36).

Les peines disciplinaires qui peuvent être infligées aux notaires sont: le rappel à l'ordre, la censure avec réprimande, la suspension pendant trois mois au plus, la révocation. Les deux premières sont prononcées par le procureur général, la troisième par le ministre de la justice, et la quatrième par décret. Les chambres de discipline sont remplacées par un syndic nommé par le procureur général (*ibid.*, art. 46).

Dans un but de sécurité, les parties peuvent déposer au greffe du tribunal de première instance du ressort les expéditions des actes notariés, collationnées, signées par le notaire et légalisées (*ibid.*, art. 58).

Les notaires ne peuvent transmettre leurs offices par voie de cession ni autrement (*ibid.*, art. 14). Toutefois, le nouveau titulaire doit indemniser son prédécesseur des recouvrements exercés à raison des actes dont les frais, honoraires ou droits quelconques restaient dus. En cas de difficulté, le tribunal règle le montant de l'indemnité et sa décision est soumise à l'approbation du ministre de la justice (*ibid.*, art. 52).

En résumé, sauf les exceptions spécialement prévues, les dispositions de la législation française sont applicables aux notaires de l'Algérie (Cass., 4 février 1833).

Curateurs aux successions vacantes. — Les curateurs aux successions vacantes sont institués près de chaque tribunal (ord. 26 déc. 1842, art. 1). Ils sont nommés par le procureur général (*ibid.*, art. 3). Ils ont la curatelle de toutes les

Digitized by Google

successions ouvertes dans la circonscription territoriale qui leur est assignée (*ibid.*, art. 3). Les officiers ministériels désignés pour ces fonctions ne peuvent refuser de les exercer à moins d'excuse légitime approuvée par le procureur général (*ibid.*, art. 4). Il peut être procédé tous les deux ans au renouvellement des curateurs. Toutefois, ceux qui sont remplacés doivent terminer les gestions par eux commencées (*ibid.*, art. 5). Nous avons indiqué plus haut les diverses fonctions des curateurs. VICTOR JEANVROT.

(*La suite à une autre livraison.*)

NÉCROLOGIE.

DENIS SERRIGNY.

Par M. BUFNOIR, professeur à la Faculté de droit de Paris.

La mort récente de M. Serrigny a enlevé à la *Revue* une collaboration précieuse, et sa perte sera particulièrement ressentie par les lecteurs de ce recueil. Ils nous sauront gré de fixer ici en quelques lignes le souvenir d'un homme éminent dans la science et dans l'enseignement, du maître respecté dont nous aimons à nous dire le disciple reconnaissant.

Né à Savigny-sous-Beaune (Côte-d'Or) le 8 janvier 1800, Denis Serrigny est décédé à Gevrey-Chambertin le 17 octobre 1876. Sa vie se résume en un seul mot : le travail. Elle s'est écoulée tout entière sur le sol natal bourguignon, auquel il se sentait lié par un attachement invincible. Élève du collége de Beaune pour les études classiques, il fit son droit à Dijon où enseignait alors Proudhon, où étudiait encore Buignet, dans cette Faculté où il devait, lui aussi, à son tour acquérir comme maître la notoriété qui s'attache à son nom. Reçu licencié le 24 avril 1820, il entra au barreau, mais en se préparant à l'enseignement. Bien qu'il ait tenu au barreau une place très-honorable puisqu'il fut deux fois élu bâtonnier par ses confrères, les luttes de l'audience n'étaient

Digitized by Google

point son fait. Il y apportait une certaine timidité de parole qui contrastait singulièrement avec la netteté et la décision de son esprit, dont il ne se dépouilla jamais complétement, et qui ne fut pas sans lui créer de sérieux obstacles lorsque, reçu docteur en droit le 7 janvier 1826, il voulut demander au concours l'accès de la chaire qui était le but de son ambition. Dès son premier concours cependant, au lendemain du jour où il avait obtenu le diplôme de docteur, il se vit encouragé par le double et précieux suffrage de l'inspecteur général Delamalle, président du jury, et du savant doyen Proudhon. Néanmoins ce ne fut qu'à une troisième tentative, en 1832, qu'il emporta, mais cette fois de haute lutte, une place de professeur suppléant. Ce n'était encore que la moitié du chemin : il lui restait à conquérir une chaire qui lui permît de donner à ses études une direction définitive. Successivement il en disputa deux sans succès, mais non sans honneur, et ce fut sur les instances unanimes de la Faculté que le gouvernement l'appela, le 31 décembre 1837, à la chaire de droit administratif qui venait d'être créée à Dijon.

M. Serrigny, on le voit, n'était pas de ceux à qui le succès sourit sans effort; mais il était de ceux que la lutte fortifie au lieu de les abattre, et au milieu des viriles épreuves qui avaient marqué les débuts de sa carrière, il avait merveilleusement développé les facultés puissantes que la nature avait mises en lui. On doit, du reste, se féliciter aujourd'hui des insuccès passagers qui l'ont réservé pour un enseignement auquel ses qualités semblaient le prédestiner, et auquel nul autre n'aurait pu, nous paraît-il, donner un essor égal à celui qu'il sut lui imprimer. A cette époque, cet enseignement était à créer. On pourrait presque dire que le droit administratif lui-même était à créer. Il fallait, en effet, du monceau confus des dispositions législatives faire surgir un corps de doctrines, montrer que ces doctrines avaient leur histoire, qu'elles étaient susceptibles de se formuler en règles précises qui s'enchaînent, se coordonnent, et sont capables de s'élever à une généralisation scientifique. Sur le terrain des faits, cette œuvre a été accomplie par le Conseil d'État dont la jurisprudence, dans son ensemble, demeurera, croyons-nous, le monument juridique le plus remarquable

Digitized by Google

de notre histoire moderne; mais à cette jurisprudence dont les décisions brèves, à peine motivées, pouvaient paraître. alors surtout, ne trancher que des questions d'espèces à la manière des anciens rescrits, à cette jurisprudence disons-nous, il fallait le complément d'un travail doctrinal qui se trouvât pour une bonne part dévolu à l'enseignement de l'École. Tous ceux qui s'occupent de ces matières savent que l'École ne faillit pas à sa tâche; ils savent aussi qu'au premier rang des fondateurs de la science du droit administratif il faut placer le professeur de Dijon. M. Serrigny apportait à l'accomplissement de cette tâche des aptitudes toutes spéciales : une puissance incomparable de travail avec des habitudes de bénédictin, toujours levé avant l'aube; une régularité méthodique dans le classement des idées et des faits qui lui permettait de se diriger avec pleine sécurité dans le dédale des documents législatifs, par-dessus tout cela et vivifiant tout cela une qualité maitresse, savoir la lucidité d'esprit, la netteté de perception, nous oserions dire le flair qui le conduisait droit à la solution pratique, à la notion essentielle, au point de vue fondamental qu'il s'agissait de dégager.

Cette tâche, il la poursuivit sans trêve dans son enseignement d'abord durant 34 ans (de 1838 à 1872). Ce qu'était cet enseignement, nous avons pu l'apprécier pour l'avoir suivi avec un profit dont nous sommes heureux de consigner ici le témoignage. Il manquait à M. Serrigny, nous l'avons déjà dit, quelques-unes des qualités que demande la parole publique : le débit, sous l'empire d'une impression de timidité inexplicable chez un homme dont la pensée était si nette et si arrêtée, était ordinairement précipité et un peu saccadé, la phrase sèche et sans grâce. Mais aussi quelle clarté de méthode, quelle sûreté de doctrine, quelle abondance de renseignements précieux, de rapprochements ingénieux et intéressants ! Avec quel art un enseignement à première vue si spécial s'encadrait dans les théories générales, se combinait avec les règles particulières du droit civil ! Quiconque portait en soi quelque goût pour les études de jurisprudence était bientôt sous le charme de cette exposition si nourrie et pourtant si limpide, surpris de rencontrer une doctrine substantielle là où l'on avait redouté de se trouver en présence

Digitized by Google

de je ne sais quelles arides nomenclatures de faits, de dates et de textes.

Le caractère doctrinal et scientifique du droit administratif que M. Serrigny mettait si bien en relief dans sa chaire, il voulut aussi le faire toucher du doigt au public juridique; c'est dans ce but qu'il publia en 1842 le livre que nous considérons comme son œuvre principale, le *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, dont il donna plus tard, en 1865, une deuxième édition notablement augmentée, très-recherchée à l'étranger. Il prenait ainsi, peut-on dire, le taureau par les cornes, il s'attaquait à ce qu'il y a assurément de plus difficile dans le droit administratif; mais en même temps qu'il écrivait un livre précieux pour la pratique, il démontrait aux plus incrédules (il y en avait beaucoup alors) le droit administratif, en le saisissant dans celles de ses parties où il présente le plus de rapports avec les autres branches de la science juridique. — Il a paru depuis, sur le droit administratif, des publications nombreuses; dans le nombre il en est d'excellentes qui ont éclairé dans toutes les directions cette partie de notre législation; nous croyons pouvoir dire qu'aucune n'a dépassé la valeur scientifique de celle dont nous parlons; nous doutons qu'aucune ait contribué à un égal degré au progrès de la science.

Le *Traité du droit public des Français* que M. Serrigny donna en 1846, sans avoir la valeur de son précédent ouvrage, est néanmoins un livre de mérite, qu'on peut encore lire aujourd'hui avec fruit : il se recommande par un libéralisme de bon aloi, un sens pratique éprouvé et une franchise de pensée qui montre chez l'auteur, en matière de droit public, une indépendance d'opinion égale à celle qu'il professait en matière de jurisprudence administrative. Il publia encore en 1854, sous le titre de *Questions et traités de droit administratif*, un volume donnant sur divers sujets pratiques des dissertations, sur certains même des traités d'ensemble où abondent les notions utiles et les vues personnelles. Enfin, en 1862, il fit paraître son *Traité de droit public et administratif romain du IVe au VIe siècle*, œuvre de forte érudition qui vulgarise les magnifiques travaux de Godefroy sur les parties capitales du Code Théodosien, en y joignant l'analyse et la discussion de

Digitized by Google

la plupart des écrits plus récents sur le même sujet. Ce qui appartient en propre à l'auteur, outre les aperçus nouveaux qu'il a pu ajouter à ceux de ses devanciers, c'est la clarté qui naît de la bonne distribution du sujet, c'est le jour jeté sur des institutions d'un autre âge par les rapprochements fréquents avec les sociétés modernes, c'est surtout la réaction que, sans y tendre, par le seul exposé des faits, ce livre provoque contre les tentatives de réhabilitation plus ou moins sincères, plus ou moins désintéressées, que nous avons vues se produire au profit de ce monstre de despotisme et de fiscalité qui s'est appelé l'Empire romain. De toute façon ce livre mérite de demeurer et demeurera sans doute le *vade-mecum* de qui voudra étudier l'histoire de l'époque dont il expose les institutions. A ce titre il survivra probablement aux autres œuvres de M. Serrigny dépassées par le développement incessant de notre droit administratif.

Ces publications, si considérables pourtant, ne suffisaient pas, même avec son enseignement, auquel venaient encore s'ajouter, au moins sous forme de consultations assez fréquentes, les travaux du palais, à épuiser l'activité d'esprit de M. Serrigny. Les lecteurs de la *Revue* n'ont pas oublié les articles nombreux qu'il lui a donnés et qui se sont succédé presque jusqu'à sa mort, même après que l'épuisement de ses forces l'eut contraint en 1872 de descendre de sa chaire : dans ces articles, le droit administratif tient sans doute une grande place, mais non, tant s'en faut, une place exclusive : le droit civil, l'histoire du droit, l'économie politique, y apparaissent tour à tour, attestant sous des formes nouvelles le savoir et la pénétration du savant professeur. Nous ne voudrions pas dire toutefois que sa doctrine fût également sûre en toute matière. Plus d'une fois nous surprenons chez lui le défaut d'une de ses qualités dominantes : la promptitude à dégager nettement le point qui le frappe dans une question. Le danger en pareil cas peut être de ne voir et de n'éclairer qu'un côté de la difficulté sans tenir un compte suffisant des points de vue opposés. « Cela est plus clair que la lumière du jour » est une de ses formules favorites, et il n'est pas sans exemple qu'elle lui tienne lieu de toute autre preuve ou de toute autre réfutation. Au moins ce danger-là n'est-il pas à craindre quand il discute sur le

Digitized by Google

droit administratif qui a fait l'objet spécial de ses études. Là il est sur son terrain : maître des textes, maître de la jurisprudence, versé dans l'histoire, non moins versé dans la pratique, armé d'une dialectique puissante, on peut être sûr qu'il n'abandonne pas une difficulté sans l'avoir envisagée sous toutes ses faces. Aussi en cette matière son influence était-elle grande, et a-t-il pu voir fréquemment la jurisprudence lui donner raison par un revirement qu'il ne manquait pas de constater avec une légitime satisfaction, soit à son cours, soit dans ses publications.

Les honneurs, témoignage de l'estime publique, n'ont pas manqué à M. Serrigny. Nous avons déjà dit que ses confrères du barreau l'avaient honoré deux fois (en 1845 et en 1856) du titre de bâtonnier. A plusieurs reprises les suffrages de ses concitoyens l'appelèrent à siéger au Conseil général de la Côte-d'Or (en 1849, 1851, 1852). Il fut nommé en 1850 par ses collègues du Conseil général, membre du Conseil académique où il avait siégé précédemment (1844) à un autre titre. Sa carrière universitaire, marquée à deux reprises par l'exercice des fonctions de juge des concours à Paris, fut couronnée en 1867 par le titre de doyen qu'il conserva jusqu'à la retraite et qu'il échangea alors pour celui de doyen honoraire. Enfin en 1868 la décoration de la Légion d'honneur (*sera tamen*) lui fut décernée, et le 15 mai 1869 l'Académie des sciences morales et politiques le nomma membre correspondant.

Si quelques-unes de ces distinctions furent plus tardives qu'il n'aurait convenu, du moins ce qui ne lui a manqué à aucune époque, c'est l'estime de ses concitoyens pour sa vie si digne dans son austérité laborieuse, c'est aussi la considération du public juridique tout entier pour ses éminents travaux; ce qui ne lui manquera pas non plus, aussi longtemps du moins qu'ils vivront, c'est le souvenir reconnaissant de ceux qui, comme nous, ont eu la bonne fortune de s'asseoir au pied de sa chaire et d'y recueillir ses précieux enseignements.

C. BUFNOIR.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE DROIT MARITIME.

Par M. Cresp, ancien professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Annoté, complété et mis au courant de la jurisprudence la plus récente par M. Auguste Laurin, professeur de droit commercial à la Faculté de droit d'Aix et à la Faculté des sciences de Marseille [1].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Il n'a point été publié en France de traité de droit maritime complet. Cette importante partie de notre législation a été presque aussi négligée par les jurisconsultes qu'elle l'est dans les Facultés de droit, où l'on ne rencontre pas une seule chaire de droit maritime. Le livre que nous annonçons semble donc destiné à combler une véritable lacune.

M. Cresp a occupé avec honneur, de 1832 à 1869, la chaire de droit commercial de la Faculté de droit d'Aix. Dans cette chaire, il se plaisait à consacrer parfois une année entière à l'étude du droit maritime. La mort l'a empêché de publier ses leçons, qui de leur temps ont donné au regretté professeur une légitime réputation. Par un sentiment de pieux souvenir, sa famille n'a pas voulu que son œuvre périt avec lui. Elle a confié les notes des cours de M. Cresp à son savant successeur, M. Laurin, et l'a chargé de les publier.

M. Laurin a bien compris ce qui manquait à l'œuvre de M. Cresp pour devenir un traité de droit maritime complet, susceptible de rendre de sérieux services à la science et à la pratique. M. Cresp avait à un haut degré le don de la généralisation ; il savait merveilleusement bien développer les idées générales d'un sujet, et par là sans doute il donnait à ses auditeurs le désir de l'étudier à fond ; mais quant à lui, il ne l'approfondissait pas dans son cours, il négligeait les détails et les controverses. Ce n'est pas qu'il n'ait eu le talent néces-

[1] Tome Ier, 1876, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 7, rue Cujas.

Digitized by Google

saire pour creuser une matière et rester clair et intéressant au milieu des arguments des systèmes divers. Il avait même une valeur incontestée comme dialecticien, une force peu commune dans la discussion. Ses succès au barreau d'Aix, où il brilla avant d'enseigner le droit, en sont une irrécusable preuve. Mais, par système sans doute, M. Cresp pensait que l'enseignement doit se tenir dans les généralités, que le professeur doit surtout donner le goût d'apprendre plutôt qu'il ne doit tout enseigner. Tout en adhérant à ces sages pensées qui nous paraissent se dégager du livre de M. Cresp, nous serions tentés de lui reprocher de les avoir quelque peu exagérées : souvent il ne fait qu'effleurer les sujets les plus délicats et laisse peut-être trop de côté les difficultés les plus graves.

La publication pure et simple des notes du *Cours* de M. Cresp pouvait bien, par suite, être un pieux hommage rendu à sa mémoire justement respectée; elle ne pouvait peut-être pas avoir une utilité suffisante pour les jurisconsultes. M. Laurin a donc dû annoter et compléter l'œuvre de M. Cresp. Ainsi l'ouvrage que nous annonçons se compose de deux parties : l'une, qui constitue le corps même du livre, est de M. Cresp; l'autre, comprenant des notes et des compléments de toutes sortes, est de M. Laurin.

L'œuvre de MM. Cresp et Laurin doit comprendre deux ou trois volumes. Le premier seul vient de paraître; il est consacré à des généralités sur les caractères et l'histoire du droit maritime, sur les navires (moyens de les acquérir), sur l'hypothèque maritime, sur les sociétés maritimes, sur les gens de mer. Assurément ce ne sont pas les matières les plus difficiles et les plus importantes du droit maritime ; mais elles forment en quelque sorte sa partie générale, et, sans la connaissance des principes contenus dans ce premier volume, l'intelligence des matières des assurances maritimes et du prêt à la grosse est fort difficile.

Nous venons de dire que ce premier volume traite notamment des société maritimes ou nautiques. Cette dénomination n'est pas usitée; elle a été inventée par M. Cresp, qui paraît avoir aimé les classifications nouvelles. Sous ce nom le professeur range des matières diverses. Il y traite de la copropriété des navires et du contrat d'engagement du capi-

Digitized by Google

taine et des gens de l'équipage. Ce qui explique que cette dernière matière soit comprise sous la rubrique de sociétés maritimes, c'est que souvent le capitaine et les gens de l'équipage participent aux bénéfices de l'expédition maritime, comme cela arrive quand ils sont engagés à la part du profit ou du fret. Mais n'est-il pas singulier, à raison de cette circonstance accidentelle, qui ne se rencontre guère que dans les engagements pour la pêche ou pour le cabotage, de ranger le contrat d'engagement des gens de mer dans les sociétés maritimes?

La part de M. Laurin dans ce premier volume est considérable. Il ne s'est pas borné à ajouter de simples notes au livre de M. Cresp; on peut dire qu'il y a joint des traités entiers, qu'il a comblé les lacunes nombreuses de l'œuvre de M. Cresp, qui ne reste guère dans certaines parties l'œuvre principale que de nom. Ainsi M. Cresp ayant laissé de côté les priviléges sur les navires, M. Laurin ne leur a pas consacré moins de 95 pages (p. 88 à 184); M. Cresp ayant négligé un grand nombre de notions relatives aux gens de mer, M. Laurin a en plus de 100 pages exposé tous les principes qui les régissent (engagement, inscription maritime, rapatriement, etc.., etc...). Enfin, M. Laurin a dû ajouter au livre de M. Cresp une étude succincte, mais très-substantielle, sur l'hypothèque maritime.

M. Laurin nous semble avoir la connaissance la plus complète des différentes matières du droit maritime. Ses notes sont conçues dans un excellent esprit; elles indiquent les plus importantes controverses et mentionnent avec une rigoureuse fermeté les principales raisons qui sont invoquées en faveur des différentes doctrines. La jurisprudence y est indiquée d'une manière très-complète et très-exacte; l'auteur n'a pas consulté seulement les recueils généraux d'arrêts, il a lu les recueils spéciaux les meilleurs; souvent il renvoie au journal de Marseille.

Malgré la haute valeur du travail personnel de notre très-savant collègue, on peut à notre sens y signaler quelques erreurs dans les idées générales: des opinions très-contestables y sont émises sur quelques points et l'on peut y relever quelques petites lacunes.

M. Laurin, à la page 11 de la notice consacrée à M. Cresp,

Digitized by Google

dit, en parlant du droit maritime : « Cette législation spéciale qu'on ne peut comprendre, ce semble, qu'en mettant de côté toutes les notions du droit commun. » Cette idée est bien dangereuse et elle manque d'exactitude. Sans doute le droit maritime est un droit spécial. Mais, comme toutes les parties spéciales de la législation, il est dominé par les principes du droit commun auxquels il faut toujours se référer dans le silence des lois spéciales; autrement on tombe dans l'arbitraire et l'on arrive aux contradictions les plus choquantes. Au surplus, ce n'est là qu'un *lapsus* échappé à M. Laurin. Il est trop bon jurisconsulte pour tirer des conséquences de l'idée générale à tort émise par lui. N'est-ce pas le droit commun qu'il prétend invoquer, au moins dans une certaine mesure, pour soutenir que le propriétaire d'un navire ne peut pas se décharger de la responsabilité des faits du capitaine et des gens de l'équipage? Sans doute, comme nous le dirons plus loin, l'auteur ne nous paraît pas interpréter bien le droit commun; mais enfin il l'invoque.

Nous signalerons une autre observation qui ne nous semble pas parfaitement exacte. A propos des intéressants développements donnés par M. Cresp sur la liberté des mers et sur la souveraineté des États sur les portions de mer qui baignent leurs côtes (p. 5), M. Laurin (note 7, p. 5) fait la remarque suivante : « M. Cresp semble avoir un peu agrandi ici le domaine du droit maritime; ceci est en effet plutôt du droit public ou du droit des gens que du droit commercial proprement dit. » Ce n'est pas M. Cresp qui a agrandi le domaine du droit maritime, c'est M. Laurin qui l'a restreint arbitrairement. Le droit maritime ne comprend pas que du droit commercial, il contient aussi du droit international et du droit administratif. On peut appliquer au droit maritime une grande division qu'on ne fait d'ordinaire que pour le droit considéré dans son ensemble. Il y a un droit maritime international, un droit maritime administratif, un droit maritime privé ou commercial. Ces différentes branches se lient si intimement que l'étude de l'une présuppose presque nécessairement celle des deux autres. M. Laurin nous donne lui-même raison dans l'application. Il ne manque pas de fournir, à propos des engagements des gens de mer, quelques notions sur l'inscription maritime.

Digitized by Google

A propos de l'application du principe du libre échange à la marine marchande, M. Laurin (p. 67, note 15) dit en parlant de la loi du 30 janvier 1872 qui rétablit les surtaxes de pavillon, supprima l'entrée en franchise des matériaux destinés aux constructions navales et augmenta les droits d'importation des navires construits à l'étranger : « Ce retour au passé n'a été qu'éphémère, et une dernière loi rendue par l'Assemblée nationale, celle du 31 juillet 1873, a abrogé à son tour celle de 1872, *et par conséquent remis en vigueur celle de* 1866. » Il y a là une petite erreur sur la portée des lois de 1872 et de 1873. Cette dernière loi n'a pas abrogé complétement celle de 1872, et ainsi la loi de 1866 n'a pas été remise en vigueur dans son intégralité. La loi de 1866 consacrait trois innovations qui se liaient entre elles. Elle supprimait les surtaxes de pavillon. Puis, comme par là les armateurs français étaient livrés à la concurrence étrangère, elle leur donnait le moyen, pour la soutenir sans désavantage, de se procurer des navires dans les pays où ils se construisent au meilleur marché, la loi de 1866 admettait l'introduction en France des navires de construction étrangère moyennant un très-faible droit. Cet abaissement considérable des droits d'importation devait entraîner la concession d'une faveur aux constructeurs français. Pour qu'ils ne succombassent pas devant la concurrence des constructeurs étrangers, la loi de 1866 admettait l'introduction en franchise des matériaux destinés à la construction des navires. La loi de 1872 modifia sur ces trois points la loi de 1866, elle rétablit les surtaxes de pavillon, éleva les droits d'importation des navires de construction étrangère et supprima le bénéfice de l'entrée en franchise. La loi de 1873 n'a fait qu'abroger la disposition de la loi de 1872 qui avait rétabli les surtaxes de pavillon ; elle n'a donc pas remis complétement en vigueur la loi de 1866; les droits d'importation sont demeurés au taux élevé qu'a fixé la loi de 1872 et le bénéfice de l'entrée en franchise demeure supprimé [1].

[1] Il faut seulement observer que les puissances qui ont conclu des traités de commerce avec la France (dites *puissances contractantes*) jouissent du droit d'exporter en France les navires construits dans leurs chantiers moyennant les droits réduits de la loi de 1866 et d'exporter en franchise les matériaux. Cela résulte des traités.

Digitized by Google

A l'occasion de l'abandon du navire et du fret, M. Laurin aurait dû parler de l'intéressante difficulté qui s'est élevée sur l'application de l'article 216 du Code de commerce dans le cas où des navires échoués à l'entrée des ports sont abandonnés à l'État par leurs propriétaires. Ce cas méritait d'autant plus d'être signalé que le projet de loi modifiant plusieurs dispositions du Code de commerce, déposé par le gouvernement à l'Assemblée nationale et repris par l'initiative parlementaire à la Chambre des députés, contient une disposition formelle qui tranche la question [1].

Nous aurions sans doute à signaler bien des points sur lesquels nous ne saurions être d'accord avec notre savant collègue. Nous nous bornerons à en mentionner deux.

M. Laurin constate (il n'y a pas de controverse possible) qu'en cas d'abandon du navire et du fret, le propriétaire du navire n'est pas tenu d'abandonner l'indemnité d'assurance; elle fait partie de sa fortune de terre. Mais, selon notre auteur, cette solution doit être aujourd'hui combinée avec l'article 17 de la loi sur l'hypothèque maritime qui, en cas de délaissement, admet que l'hypothèque peut être exercée sur l'indemnité d'assurance. Il y aurait par suite lieu de faire les distinctions suivantes (p. 633). En cas d'abandon suivant le délaissement, les créanciers hypothécaires seront subrogés sur l'indemnité; et « *par suite*, dit M. Laurin, la subrogation aura lieu en faveur des créanciers privilégiés (en vertu d'un *a fortiori* évident). Elle n'aura pas lieu pour les créanciers chirographaires, pour lesquels la loi de 1874 n'a rien disposé.

Ce que dit M. Laurin pour les créanciers hypothécaires et pour les créanciers chirographaires est incontestable; mais sa doctrine relative aux créanciers privilégiés est bien hasardée. La loi de 1874 ne contient d'autre disposition sur les priviléges maritimes que celle qui supprime le privilége du prêteur à la grosse avant le départ. Il faut en conclure que les priviléges matitimes restent régis par les mêmes règles générales qu'avant 1874. A leur égard, l'indemnité n'est pas plus qu'antérieurement subrogée au navire.

Nous ne saurions non plus admettre, avec notre collègue,

[1] M. de Courcy lui a consacré une excellente brochure.

Digitized by Google

que l'armateur ne peut pas par une clause formelle de la charte-partie ou du connaissement se libérer de toute responsabilité envers les chargeurs à raison des faits du capitaine. La stipulation, dans une assurance, de la garantie par l'assureur sur corps de la baraterie de patron décharge en principe l'armateur assuré de la responsabilité des faits du capitaine envers les chargeurs. Pourquoi le chargeur moyennant une réduction du fret ne prendrait-il pas à sa charge cette garantie de la baraterie de patron? Quoi qu'en dise M. Laurin, il peut parfaitement y avoir une assurance implicite consentie moyennant une réduction de prime. N'est-ce pas là ce qui a en définitive lieu quand le fret est stipulé non restituable? N'est-ce pas là une clause autorisée par l'article 98 du Code de commerce dans le contrat de transport par terre? M, Laurin prétend que cet article n'a pas de sens, que la clause de non responsabilité ne peut avoir pour effet que de mettre la preuve de la fraude à la charge de l'expéditeur ou du destinataire. C'est là une interprétation divinatoire.

Malgré ces quelques critiques dont plusieurs ne tiennent qu'à des divergences d'opinion, nous devons reconnaître que le livre de MM. Cresp et Laurin est une œuvre de grand mérite destinée à combler une lacune fâcheuse de notre littérature juridique. Nous espérons que M. Laurin fera paraître prochainement les parties de l'ouvrage consacrées aux avaries, aux assurances maritimes et au prêt à la grosse. Nous souhaitons que notre savant collègue nous donne un second et un troisième volume dignes du premier.

CH. LYON-CAEN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4013. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

LEGS A UN ÉTABLISSEMENT NON RECONNU AU DÉCÈS DU TESTATEUR.

Par M. Alfred GAUTIER, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Peut-on valider un legs fait à un établissement de bienfaisance non autorisé au moment du décès du testateur, mais qui le serait plus tard, en le considérant comme un legs conditionnel ou comme une charge imposée au légataire?

Un arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1874 (Dalloz, 76, 1, p. 225), confirmant un arrêt de la Cour d'Aix, a consacré une jurisprudence qui, si elle devait prévaloir, arriverait à effacer graduellement de nos lois ce principe posé par l'article 906 que pour recevoir une libéralité testamentaire il faut exister au décès du testateur.

Il est des auteurs, M. Troplong entre autres, qui pensent qu'un legs à un établissement non autorisé est valable s'il est fait sous la condition tacite ou expresse de son autorisation postérieure (Troplong, *Donations*, t. II, n° 612). Cet auteur se fonde sur l'effet rétroactif de la condition et sur la loi 62 D., *De heredib. inst.*, qui valide le legs ainsi conçu : *Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto.* L'un et l'autre arguments me paraissent inexacts.

Peut-on dire d'abord que le legs fait à un établissement non autorisé est soumis par le testateur à la condition implicite de l'autorisation, que lorsque celle-ci intervient, la condition est accomplie avec effet rétroactif et que dès lors le legs est validé? Il y a ici une erreur certaine sur la nature de la condition et une confusion entre les éléments essentiels et les éléments accidentels d'un rapport de droit. Il est de principe que la condition n'est qu'une modalité, une manière d'être d'une convention ou d'une disposition testamentaire, ce qui implique pour ces actes juridiques une existence indépendante et dégagée de cette modalité. On distinguera si l'on est en présence d'une véritable condition ou d'un élément essentiel en supprimant la proposition émise sous forme dubitative et en constatant si, malgré cette suppression, le rapport de droit conserve toute sa vitalité. Ainsi, dire qu'une vente sera faite s'il y a un prix, si l'une des parties est capable, ce n'est pas faire une vente conditionnelle, c'est

Digitized by Google

énoncer seulement que la vente n'est possible que si les conditions exigées par la loi sont remplies. De même si un testateur subordonne l'exécution du legs à la survie du légataire, cela revient à dire que le legs n'existera qu'autant que les éléments légaux de ce legs seront réunis. Il n'y a pas encore là de condition. Faisons maintenant application de ces principes certains au legs qui serait fait à un établissement d'utilité publique sous la condition d'une autorisation future, et nous voyons bien clairement que la prétendue condition porte sur un élément essentiel du legs, l'existence du légataire au décès du testateur. Il ne saurait donc être le moins du monde question de rétroactivité et de validation après coup.

L'argument tiré du droit romain me paraît avoir encore moins de portée si c'est possible. Quand la loi 62, D., *De hered. inst.*, valide le legs fait avec la restriction *quam capere potuerit*, les termes mêmes dont se sert le jurisconsulte romain nous montrent qu'il s'agit ici, non de la capacité d'après le droit civil, de la *factio testamenti*, mais seulement du droit de recevoir d'après les lois caducaires, du *jus capiendi*, et l'on sait que le *celebs* ou l'*orbus* pouvaient acquérir ce droit dans un certain délai à partir du décès du testateur. Ce qui prouve du reste qu'il ne faut pas attribuer à la loi 62 une bien grande importance, c'est que la décision qu'elle renferme nous est présentée comme une décision de faveur : *benevolentiæ est*, lisons-nous dans le texte.

L'idée d'une condition, qu'on la fonde sur les principes ou sur les textes, doit donc être absolument écartée. Mais voyons si l'on peut, comme l'a fait la Cour de cassation, valider le legs en le considérant comme une charge imposée à l'héritier ou au légataire universel de remettre l'objet du legs à l'établissement d'utilité publique après que l'autorisation sera intervenue. Je trouve à ce sujet dans l'arrêt cité au commencement de cet article les expressions suivantes : « Si un établissement de bienfaisance non encore autorisé au moment du décès du testateur n'a pas la capacité légale pour recueillir un legs fait à son profit, aucune loi ne s'oppose à ce qu'un légataire universel ayant capacité soit chargé par le testateur de continuer et achever la fondation d'un tel établissement commencée par le testateur

Digitized by Google

lui-même de son vivant et d'en poursuivre la reconnaissance légale, et cette reconnaissance obtenue, l'établissement dûment autorisé a droit et qualité pour réclamer le bénéfice de la disposition testamentaire, laquelle n'est qu'une charge de l'institution faite au profit d'un autre gratifié. »

Tel est le raisonnement dont il nous faut apprécier la valeur juridique; l'observation qui se présente naturellement à l'esprit est que si cette jurisprudence est fondée, on pourra désormais laisser à un établissement non reconnu, et malgré l'article 906 du Code civil, la disposition sera valable dans tous les cas où la reconnaissance interviendrait après le décès du testateur. On pourra toujours dire, en effet, que le legs fait directement à une personne morale non autorisée est une charge imposée à l'héritier, et ce raisonnement devra être admis par le tribunaux, les dispositions testamentaires devant, comme les conventions, être interprétées de manière à sortir effet plutôt qu'à être dépourvues de toute efficacité. Ce serait donc un moyen tout trouvé d'éluder le principe qu'on ne peut laisser qu'à des personnes qui existent au décès du testateur, et nous ne voyons pas pourquoi on ne pourrait pas étendre ce bénéfice aux dispositions testamentaires faites au profit des enfants à naître de deux personnes mariées qui seraient sans enfants au décès du testateur. On pourrait, en adoptant cette jurisprudence, laisser à des enfants à naître, soit sous forme de charges imposées à l'héritier, soit même directement, le legs devant dans ce cas être interprété comme une obligation imposée par le testateur à ceux qui lui succéderont. Ce serait la suppression de l'article 906.

La vérité est que nous nous trouvons en présence d'un oubli manifeste des principes que les circonstances de fait de la cause peuvent expliquer, mais ne sauraient en aucun cas justifier. Pour le démontrer clairement, supposons d'abord une donation entre vifs dans laquelle le donateur impose au donataire la charge de remettre à un tiers une certaine somme ou un certain objet. Si le bénéficiaire de la charge accepte cette libéralité, il consolide par là et assure sur sa tête le droit qui lui était offert et devient créancier du donataire. Mais quels rapports fait naître cette acceptation au regard du donateur primitif? Sur ce point tous les auteurs sont d'accord. Celui qui profite de la charge est un donataire

Digitized by Google

dispensé quant à la forme des solennités requises pour les actes à titre gratuit, mais soumis à toutes les règles de fond applicables aux libéralités. Les règles relatives au rapport entre cohéritiers, à l'action en réduction des héritiers à réserve, à la révocation pour ingratitude, etc., sont pleinement applicables (Aubry et Rau, t. VII, § 702, note 13). La disposition acceptée, pour avoir pris la forme d'une charge imposée à un donataire, n'en est pas moins pour le bénéficiaire une acquisition à titre gratuit émanant, non de l'intermédiaire dont s'est servi le donateur, mais bien de ce donateur lui-même. Or la capacité du gratifié n'est pas une condition de forme, mais une règle de fond; nul doute dès lors qu'elle ne doive être remplie pour que la disposition faite sous forme de charge soit valable. Mais à quel moment la capacité doit-elle exister? D'après d'éminents auteurs, lorsqu'une libéralité a lieu sous la forme d'une offre de donner suivie d'une acceptation postérieure, la capacité du donataire doit exister à la fois à l'époque de l'offre et à celle de l'acceptation; d'après un grand nombre d'autres auteurs dont l'opinion nous paraît plus plausible, c'est au moment de l'acceptation seulement que la personne avantagée devrait être capable. Peu nous importe la solution que l'on adopte sur ce point, il nous suffit de constater qu'aux yeux de tous il faut au moins que la capacité du bénéficiaire de la charge existe au moment où celui-ci accepte.

Passons maintenant au legs fait avec charges. Les mêmes principes vont être applicables. L'héritier ou le légataire grevé de la charge ne servent que d'intermédiaires; ce n'est pas d'eux, mais du testateur lui-même, que le fidéicommissaire tiendra la liberalité. Serait-il possible que les règles applicables aux dispositions directes que lui ferait le testateur, les principes du rapport, de la réduction, de la capacité de recevoir, fussent sans application parce qu'on aurait eu la précaution de laisser sous forme de charges dont on aurait grevé un héritier ou un légataire capable? Évidemment non, et il faut ici appliquer ce que nous avons fait observer pour les donations entre vifs. La capacité du gratifié doit donc exister, mais à quel moment? Au moment où est acquis le droit au legs, à cette époque que les Romains appelaient le *dies cedens*, c'est-à-dire au décès du testateur. Remarquons

Digitized by Google

qu'ici, à la différence des donations, l'époque de l'acceptation de la libéralité est sans importance. Dans la donation entre-vifs l'offre faite par le donateur est continuée jusqu'au moment où elle rencontre l'acceptation du gratifié, et cette acceptation faisant naître le droit de celui-ci, il faut qu'il existe et soit capable à ce moment. Mais dans le legs on ne peut dire qu'il y ait une pollicitation faite par le testateur et prolongée jusqu'à ce que le bénéficiaire de la charge déclare accepter. Pour tous les droits fondés sur un testament, le moment précis de leur naissance est celui du décès, comme pour les droits fondés sur la convention c'est le moment où concourent les volontés des deux contractants.

Mais, pourrait-on dire, si ce raisonnement est exact, il conduit à l'annulation des libéralités les plus louables et l'on ne pourrait plus faire par exemple des legs à des communes, à des académies, avec la charge d'en affecter le produit à décerner chaque année des prix soit pour récompenser des actes de vertu ou de dévouement, soit pour encourager les études de science ou d'histoire. Si en effet ceux qui sont appelés à profiter de ces fondations n'existaient pas ou n'étaient pas capables au moment du décès du testateur, il leur serait impossible de recueillir le bénéfice de ses généreuses dispositions. — La différence est saillante entre des dons ou legs de cette nature et ceux qui s'adressent à des établissements non reconnus. Dans ce dernier cas on voit très-clairement que l'intention du donateur ou testateur est d'enrichir l'établissement auquel il s'adresse, d'augmenter son patrimoine. Dans la fondation de prix, au contraire, ce n'est pas celui qui obtiendra le prix qui est légataire, c'est l'Académie elle-même, de sorte que le legs repose sur la tête d'une personne capable, en supposant que l'Académie soit reconnue comme établissement d'utilité publique. Ajoutons que c'est par le choix des membres de cette Académie et non par celui du testateur qu'on est appelé à recueillir le bénéfice de la fondation qu'il a créée.

Il est probable que les circonstances de la cause ont exercé une grande influence sur la solution que l'arrêt précité a adoptée. L'existence de fait de l'établissement construit et presque achevé du vivant du testateur a dû être une de ces circonstances déterminantes. Il est inutile d'insister longue-

Digitized by Google

ment pour démontrer qu'au point de vue juridique elle ne saurait modifier la solution. Comme le font très-bien observer MM. Aubry et Rau (t. VII, § 649, note 6), l'existence de fait n'est point attributive de personnalité juridique, et pour les personnes morales aussi bien que pour les personnes physiques c'est la personnalité seule qui les rend aptes à devenir le sujet d'une libéralité.

Voudrait-on établir une analogie entre la condition de l'établissement non reconnu et celle de l'enfant conçu qui n'est pas né encore et auquel on applique la maxime. *Infans conceptus pro nato habetur quoties?...* Mais d'abord il s'agit ici d'une fiction et les dispositions de cette nature ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre. De plus la faveur que la loi fait à l'enfant conçu n'avance que de quelques mois au plus le moment où il devient capable. Pour l'établissement non reconnu combien de temps faudra-t-il attendre qu'une reconnaissance intervienne pour que le legs qui lui a été fait soit rétroactivement validé? L'héritier sera-t-il pendant trente ans sous le coup de l'action en délivrance qui suivra nécessairement l'autorisation du Conseil d'État? Évidemment il y a plus qu'une absence d'analogie entre ces deux situations, il y a une différence complète.

En somme la question que nous venons d'examiner et que la jurisprudence résout dans un sens contraire aux principes du droit n'est pas autre chose que celle qui s'était présentée à Rome avant Auguste au sujet des fidéicommis. L'esprit droit et logique des jurisconsultes romains ne s'y était point trompé. Quand on voulait laisser à des incapables, en se servant comme intermédiaire d'une personne capable, la disposition dépourvue de valeur juridique n'était qu'une sorte de prière adressée à l'héritier, c'était la manifestation d'un désir qui n'avait rien d'obligatoire pour celui à qui elle s'adressait. C'est ce que rappelle Justinien au § 1, *De fideic. hered.*, aux Institutes, liv. 2, tit. XXII : « Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum qui capere ex testamento poterant, et ideo fideicommissa appellata sunt quia *nullo vinculo juris*, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. » Plus tard Auguste intervint, fit exécuter quelques fidéi-

Digitized by Google

commis, et peu à peu s'établit l'usage de valider des dispositions qui jusque-là étaient frappées de nullité. Nous marchons aujourd'hui dans cette voie sans avoir les mêmes motifs de justification que les Romains. Leurs lois civiles établissaient une série d'incapacités de recevoir par testament qui devaient souvent faire obstacle aux libéralités les plus légitimes. Ainsi la loi Voconia interdisait d'instituer les femmes alors même qu'elles auraient été les plus proches parentes d'un testateur qui laissait une certaine fortune. Les péregrins ne pouvaient hériter s'ils n'avaient le *jus commercii;* prohibition d'autant plus gênante que le nombre des étrangers vivant à Rome augmentait sans cesse dans les derniers temps de la République. Aussi s'explique-t-on aisément comment la force des choses fit consacrer en pratique dans le fidéicommis un moyen d'échapper à des incapacités si rigoureuses. Dieu merci, il n'est aucune des incapacités de recevoir admises chez nous qui ne repose sur les motifs les plus rationnels et, pour ce qui concerne les établissements d'utilité publique, l'intérêt qu'a l'État de surveiller et d'empêcher l'accumulation des biens de mainmorte n'explique que trop la défaveur dont ils sont l'objet lorsqu'ils ne sont pas reconnus. Quelle que soit du reste la valeur de ces motifs, il est une chose que nous ne saurions comprendre, c'est que le sort du legs dépendît de l'habileté du testateur et de la manière dont il s'y prend pour laisser à un établissement non reconnu; c'est que la jurisprudence permît, l'incapacité d'un légataire étant constante, de tourner cette incapacité au moyen d'un biais adroit et d'une subtilité de procureur.

ALFRED GAUTIER.

ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION DE L'ALGÉRIE.

Par M. JEANVROT, substitut du procureur de la République à Ajaccio.

(*Suite et fin* [1].)

JUSTICE MUSULMANE.

En principe, les lois musulmanes régissent toutes les conventions, toutes les contestations civiles et commerciales,

[1] V. *Revue critique*, livr. de décembre 1876, p. 734, et janvier 1877, p. 108.

Digitized by Google

ainsi que les questions d'état, entre musulmans indigènes, et entre ceux-ci et les musulmans étrangers (décr. 13 décembre 1866, art. 1).

Chaque tribunal musulman se compose d'un *cadi*, soit du rite *maleki* (suivi par les Arabes), soit du rite *hamefi* (suivi par les Turcs), assisté d'*adels* (justes), qui remplissent les fonctions de suppléants, d'assesseurs ou de greffiers, de *thalebs* (savants) qui peuvent remplacer les adels en cas de besoin, de *aouns* (huissiers), et de *oukils* (défenseurs).

Les cadis sont répartis en trois classes, et reçoivent un traitement (décr. 5 février 1868). Les cadis et les adels sont nommés par arrêtés du gouverneur général (décr. 13 décembre 1866, art. 12). Ils doivent être âgés de 27 ans, et munis d'un certificat d'études juridiques du second degré, délivré par une commission d'examen nommée par arrêté du gouverneur général (*ibid.*). Ils prêtent serment pour l'arrondissement d'Alger devant la Cour d'appel, et pour les autres circonscriptions devant le tribunal de première instance, de « bien et religieusement remplir leurs fonctions ». (*Ibid.*, art. 12.) Le procureur général peut prononcer contre les cadis et les adels privation totale ou partielle de leur traitement et suspension de leurs fonctions (*ibid.*).

Un arrêté du 3 novembre 1864 contient des prescriptions relatives à la rédaction des jugements des cadis. Des arrêtés du 16 octobre 1860 portent règlement de procédure et donnent le tarif des actes des cadis. Un arrêté du 2 avril 1865 prescrit un formulaire uniforme pour la rédaction de ces actes.

En cas d'empêchement des adels, le cadi se fait assister par des témoins requis, et pourvoit au besoin au remplacement provisoire d'un adel par la désignation d'un thaleb (décr. 13 décembre 1866, art. 13).

A chaque tribunal sont attachés un ou deux aouns, nommés, et pouvant être suspendus ou révoqués, en territoire civil par le procureur général, et en territoire militaire par le général commandant la division, le procureur général consulté (*ibid.*, art. 14).

Les parties ne peuvent être représentées devant les cadis que par les oukils. Elles peuvent cependant donner à un parent ou ami musulman un mandat spécial et par écrit de

Digitized by Google

les représenter pour une affaire déterminée. — Les oukils sont nommés, suspendus et révoqués par le procureur général (*ibid.*, art. 15).

La suspension entraîne privation du traitement et des honoraires (*ibid.*, art. 16).

La division du territoire en circonscriptions judiciaires pour l'administration de la justice musulmane a été déterminée par trois arrêtés du 14 juin 1867.

La surveillance des tribunaux indigènes appartient, sous l'autorité du gouverneur général, en territoire civil, au premier président près la Cour d'appel et au procureur général, en territoire militaire, à ces magistrats et au général commandant la division, qui se concertent à cet effet (*ibid.*, art. 7).

Les membres des tribunaux musulmans ne peuvent être traduits en justice pour actes relatifs à leurs fonctions, qu'après une autorisation du gouverneur général de l'Algérie. En cas d'autorisation ils sont traduits, sans distinction de territoire, en matière correctionnelle, devant la première chambre de la Cour d'appel d'Alger, en matière criminelle, devant la Cour d'assises compétente (*ibid.*, art. 8).

Compétence. — Les cadis connaissent de toutes affaires civiles et commerciales, ainsi que des questions d'état entre les musulmans (décr. 31 décembre 1859, art. 17). Toutefois la déclaration faite dans un acte par des musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française, entraîne l'application de cette loi, et en même temps la compétence de la justice française (décr. 13 décembre 1866, art. 1). Il appartient aux tribunaux de rechercher quelle a été l'intention des parties (Alger, 7 mai 1861; Cass., 6 mars 1867). Les musulmans peuvent aussi, d'un commun accord, porter leurs contestations devant la justice française. Il est alors statué d'après les principes du droit musulman (décr. 31 décembre 1859, art. 2).

Dans l'un et l'autre cas la juridiction du juge de paix est substituée à celle du juge indigène (le cadi) et lui est assimilée pour le taux du premier et du dernier ressort.

La procédure suivie devant le juge de paix est celle qui est tracée par la loi française, sauf pour l'appel qui est formé par simple déclaration au greffe de la justice de paix, dans le délai d'un mois, à partir du jour de la signification du ju-

Digitized by Google

gement à personne ou à domicile. — L'exécution de la sentence a lieu, en la forme musulmane, par les soins d'un cadi désigné par le procureur de la République, et autant que possible sur un simple extrait envoyé par le juge de paix au cadi. — L'appel des jugements rendus en pareil cas par les juges de paix est porté devant les tribunaux civils ou la Cour d'appel (*ibid.*, art. 2).

Si les parties n'ont pas manifesté l'intention de contracter sous l'empire de la loi française, ou si elles ne sont pas convenues de porter leur contestation devant la justice française, leurs différends sont jugés par les tribunaux musulmans.

Les cadis connaissent en dernier ressort des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 200 francs de principal, et des actions immobilières jusqu'à 20 francs de revenu déterminé soit en rentes, soit par prix de bail (décr. 31 décembre 1859, art. 18).

Dans les trois jours du jugement rendu par le cadi, les parties peuvent, en le déclarant à l'adel, qui le constate sur un registre, demander que l'affaire soit examinée de nouveau devant un midjelès. Le midjelès est un conseil consultatif qui se réunit au chef-lieu de subdivision. Il se compose du cadi qui a rendu la sentence, président, et de trois membres désignés annuellement par le gouverneur général parmi les *muphtis* (prêtres) et *ulémas* (docteurs) de la circonscription. En cas d'empêchement d'un des membres, le *bach-adel* (président des adels) ou l'adel du cadi du lieu le remplacent au midjelès (décr. 13 décembre 1866, art. 18). Les midjelès devant être constitués suivant les coutumes musulmanes aucun fonctionnaire français ne peut y siéger. Une sentence rendue dans ces conditions serait nulle (Alger, 17 août 1852; 18 avril 1853). Le midjelès ne constitue pas un second degré de juridiction (Alger, 20 août 1849; 19 octobre 1861), mais une assemblée consultative dont l'avis n'est pas obligatoire pour le cadi à qui la décision définitive est toujours réservée (Alger, 28 février 1853).

Au-dessus de la justice musulmane le législateur a placé la juridiction française comme juridiction d'appel.

Les tribunaux civils d'arrondissement connaissent en appel des jugements rendus par les cadis et par les juges de paix statuant entre musulmans, par application de l'ar-

Digitized by Google

ticle 1er, § 2, et de l'article 2 du décret du 31 décembre 1859, à savoir : pour les actions personnelles et mobilières jusqu'à 2,000 francs de capital, et pour les actions immobilières jusqu'à 200 francs de revenu déterminé, soit en rentes, soit par prix de bail (*ibid.*, art. 22).

La Cour d'appel pour le département d'Alger, et les tribunaux de Constantine et d'Oran pour ces départements, connaissent en appel de tous les litiges dont la valeur est indéterminée ou excède le taux qui vient d'être indiqué. De plus, la Cour d'appel d'Alger et les tribunaux de Constantine et d'Oran connaissent dans ces arrondissements des appels, même inférieurs à 2,000 francs (*ibid.*, art. 23).

Procédure. — La demande est introduite devant le cadi soit par la comparution volontaire et simultanée des parties, soit par celle du demandeur seul. Dans ce dernier cas le cadi, par l'intermédiaire d'un aoun, fait donner avis écrit au défendeur de comparaître devant lui à un jour fixé. En cas de non-comparution sur cet avis, il accorde un délai à l'expiration duquel il annonce publiquement à l'audience le jour où il prononcera son jugement, et en fait donner avis au défendeur par l'aoun. — Les parties peuvent se faire représenter et défendre. — Si un musulman est absent pour fait de guerre au service de la France, et s'il n'est pas régulièrement représenté, aucun jugement ne peut être prononcé contre lui avant l'expiration de trois mois après la fin de la campagne.

Les lieux, heures et jours des audiences des cadis sont fixés par un règlement émané des autorités qui ont la surveillance de la justice indigène (décr. 31 décembre 1859, art. 26). Les séances sont publiques à peine de nullité. Le huis clos peut être prononcé dans l'intérêt de l'ordre et des bonnes mœurs (*ibid.*, art. 27).

Les jugements des cadis sont rendus dans la même forme et soumis aux mêmes règles de rédaction que les jugements rendus par les tribunaux français. Les expéditions qui en sont délivrées aux parties doivent contenir la formule exécutoire et porter le cachet du cadi.

Appel des jugements peut-être interjeté dans les trente jours de leur date, par déclaration faite, soit devant l'adel du cadi, soit devant le procureur de la République, le juge de

Digitized by Google

paix, ou un officier de bureau arabe, investi des fonctions d'officier de police judiciaire, qui en transmettent copie au cadi ou à l'adel (*ibid.*, art. 30). Dans les quarante-huit heures l'adel doit adresser copie de cette déclaration et du jugement au ministère public près la juridiction d'appel, et en donner avis au greffier de la Cour ou du tribunal qui doit connaître de l'appel (*ibid.*, art. 32). Le ministère public dépose le dossier au greffe où doivent être remis les mémoires contenant les moyens d'appel et de défense, en donne avis aux parties (*ibid.*, art. 33), et requiert le président de commettre un conseiller ou un juge pour faire le rapport de l'affaire (*ibid.*, art. 34). L'affaire vient à bref délai. Le ministère public donne avis aux parties du jour de l'audience. Si elles ne comparaissent pas, il est passé outre et la décision est définitive (*ibid.*, art. 35).

Si des femmes musulmanes comparaissent comme parties ou comme témoins, le magistrat doit se conformer pour leur audition aux usages musulmans (*ibid.*, art. 35).

Le ministère des défenseurs n'est pas obligatoire. Les juges peuvent, après audition du rapport, et s'il y a lieu, des parties en personne, déclarer qu'ils n'entendront pas de plaidoiries. Il doit être fait mention de cette circonstance dans le libellé du jugement (*ibid.*, art. 15).

En cas d'appel interlocutoire, si l'affaire paraît en état de recevoir une décision définitive, la Cour ou le tribunal peuvent statuer sur le tout, définitivement et par un jugement, ou renvoyer l'affaire devant un autre cadi. Il en est de même pour les jugements définitifs infirmés pour vice de forme ou toute autre cause.

Les sentences en dernier ressort des cadis et des juges de paix appliquant la loi musulmane, les jugements et arrêts rendus sur l'appel de ces sentences ne sont pas susceptibles de recours en cassation (*ibid.*, art. 37). La raison en est que les questions de droit musulman ne doivent pas être portées devant la Cour de cassation. On ne peut même pas se pourvoir contre ces décisions, pour excès de pouvoir, puisque la loi musulmane détermine l'étendue des pouvoirs des cadis. On s'est demandé si le pourvoi n'est pas recevable au cas où l'excès de pouvoir constitue une infraction à la loi française.

Digitized by Google

La Cour de cassation a résolu la question négativement (Cass., 10 mars 1862).

Ces dispositions ne s'appliquent pas au cas où les parties indigènes ayant déclaré contracter sous l'empire de la loi française, leurs différends sont jugés d'après cette loi (décr. 13 décembre 1866, art. 1, § 2; Cass., 26 avril 1876).

Les jugements définitifs émanés des cadis, les arrêts et jugements rendus sur appel, s'exécutent par les cadis eux-mêmes et selon le droit musulman. Le cadi chargé de l'exécution est désigné par l'arrêt ou le jugement. Le droit musulman autorise en certains cas la bastonnade et l'emprisonnement. Ainsi le cadi peut, lorsqu'une des parties se refuse à exécuter une mesure nécessaire pour la découverte de la vérité, la contraindre à cette exécution par la voie de l'emprisonnement.

En matière civile, les formes de procédure prévues par le droit musulman sont applicables (Alger, 26 janvier 1848).

Dans le cas où un jugement rendu par le cadi ne peut être exécuté à l'aide des voies autorisées par la loi musulmane, la partie intéressée peut se pourvoir devant le président du tribunal de première instance du ressort pour le faire rendre exécutoire selon les formes de la loi française, par ordonnance d'*exequatur* (ord. 16 avril 1842, art. 22). Si l'exécution devait avoir lieu en territoire militaire, l'ordonnance d'exécution serait délivrée par l'autorité militaire.

Le principe de l'autorité de la chose jugée n'existe pas dans le droit musulman. Les parties peuvent déférer successivement leurs contestations à plusieurs cadis, et cela à l'infini. Depuis le décret du 1er août 1854 on admet que les décisions rendues par les tribunaux musulmans emportent force de chose jugée, et que les jugements rendus par les tribunaux musulmans, investis de la plénitude de juridiction, ont l'autorité de la chose jugée devant les tribunaux français, à l'égard des tiers non-musulmans, même quand ils ont été rendus d'après la loi musulmane (Cass., 13 décembre 1864; D. P., 65, 11, 42).

Administration judiciaire.— En matière de succession, les cadis doivent procéder à la liquidation et au partage, soit sur les réquisitions des parties, soit sous la surveillance de

Digitized by Google

l'administration, quand le domaine (*bît-el-mâl*) ou des absents y sont intéressés (décr. 31 décembre 1859, art. 40). La procédure à observer est réglée par le même décret (*ibid.*, art. 41).

Les cadis sont chargés de recevoir les dépôts. Le mode de procéder en ce cas est déterminé par les articles 42 et 43 du décret de 1859.

Les cadis sont tenus, quand ils reçoivent des actes publics, de les inscrire sur un registre particulier et de les signer avec les adels. Ils en délivrent expédition sur la réquisition des parties. Ils sont payés d'après un tarif qui est affiché à l'entrée de leur prétoire. Le montant des droits doit être indiqué sur l'expédition même. La suspension ou la révocation peuvent être infligées aux fonctionnaires qui reçoivent des rétributions illégales (*ibid.*, art. 44 à 50).

Les cadis ne peuvent recevoir que les actes dans lesquels les musulmans seuls sont intéressés. Les actes entre musulmans et Européens ne peuvent être reçus que par un notaire français. La violation de cette disposition entraîne la nullité de l'acte. Toutefois cette nullité ne peut être opposée par les musulmans qui ont figuré dans l'acte, l'incompétence du cadi n'étant établie que dans l'intérêt des non-musulmans (Alger, 22 mai 1854; D. P., 55, 1, 240). Les actes reçus par les cadis sont authentiques même en l'absence d'enregistrement et bien que la minute n'en ait pas été relatée sur les registres du cadi (Alger, 9 mars 1857; Cass., 23 novembre 1858). Ces actes font foi de leur date. Par suite, l'acte passé par un cadi prévaut contre celui fait à une date postérieure par un autre cadi pour le même contrat et entre les mêmes parties (Alger, 23 septembre 1846). Les cadis et les notaires étant seuls désignés par la loi (décr. 31 décembre 1859, art. 44) pour recevoir les actes publics, un acte passé entre un indigène et un Européen devant un autre fonctionnaire, un *muphti*, par exemple, serait nul comme reçu par une personne sans qualité (Alger, 20 juillet 1848; 25 avril 1860).

Bien qu'ils aient un caractère authentique, la preuve testimoniale peut cependant être admise outre et contre les actes reçus par les cadis. La preuve testimoniale, en droit musulman, est supérieure à toutes les autres preuves. Tou-

Digitized by Google

tefois, les juges peuvent rejeter cette preuve s'ils reconnaissent que les circonstances de la cause ôtent toute force aux faits qui font l'objet de la preuve offerte (Alger, 9 mars 1857; Cass., 23 nov. 1858). L'admissibilité de la preuve, conformément au droit musulman, n'est applicable qu'entre indigènes. Elle ne saurait l'être au cas où, les parties en cause n'étant pas exclusivement indigènes, la preuve est offerte par un Français, contrairement aux dispositions de l'article du 1341, Code civil, et où l'admission en est en outre contestée par son adversaire (Alger, 20 janvier 1842). Lorsque les juges appliquent la loi musulmane qui permet la preuve testimoniale, quel que soit le montant de l'obligation, ils ne sont pas tenus d'appliquer les dispositions particulières du droit musulman en contradiction avec la législation française, notamment la règle *testis unus testis nullus*, consacrée par la loi musulmane (Cass., 20 juin 1864).

On peut contracter devant les cadis par mandataire. Les cadis doivent alors se faire représenter les pouvoirs en vertu desquels le mandataire comparaît, et les viser (Alger, 14 mars 1849). L'acte reçu par un cadi, dans lequel un tiers a déclaré comparaître comme mandataire d'une des parties, n'a pas d'effet à l'égard de celui qui est désigné comme le mandant, la preuve du mandat ne résultant pas suffisamment de cette simple déclaration. En conséquence, le prétendu mandant n'est pas tenu de recourir à la voie de l'inscription de faux pour faire tomber une semblable mention (Cass., 9 mars 1855). Il n'en serait pas de même s'il était énoncé dans l'acte que le mandataire a comparu en vertu d'une procuration dont les témoins (les adels) ont pris connaissance (Alger, 19 novembre 1845).

Les cadis doivent inscrire sur des registres spéciaux les jugements, les actes et les dépôts, par ordre de date, sans blancs, surcharges ni interlignes. Les ratures et les renvois sont approuvés et signés par le cadi et par les adels (décr. 31 déc. 1859, art. 51). Ces registres doivent être communiqués à toute réquisition aux préposés de l'enregistrement (circ. 19 avril 1858). Les actes reçus par les cadis n'ont de date vis-à-vis des tiers que du jour de leur transcription sur les registres dont la tenue est ordonnée par les articles 51

Digitized by Google

à 60 du décret du 1er octobre 1854[1] (Cass., 3 juillet 1859). Ces registres sont fournis par l'État (décr. 31 déc. 1859, art. 53). Ils sont cotés et parafés par le procureur général ou tout fonctionnaire délégué à cet effet (*ibid.*, art. 52). Ils sont affranchis du droit et de la formalité du timbre (*ibid.*, art. 54). Il ne peut être délivré aux parties extrait, copie ou expédition, des actes qu'ils contiennent, que sur papier timbré, conformément à l'article 12 de la loi du 13 brumaire an VII), sous peine de l'amende prononcée par l'article 26 de la même loi (*ibid.*, art. 55).

En territoire civil, les expéditions des jugements et actes emportant transmission de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, les baux à ferme, à loyer ou à rente, les sous-baux, cession ou subrogation de baux, et les engagements de biens de même nature, sont soumis à l'enregistrement dans les trois mois de leur date. Pour tous les autres actes, l'enregistrement n'est exigé que lorsqu'il en est fait usage, soit par acte public, en justice, ou devant une autorité constituée (*ibid.*, art. 56). Le défaut d'enregistrement dans le délai prescrit entraîne la peine du double droit édictée par l'article 38 de la loi du 22 frimaire an VII (circ. 14 mai 1855 et 19 avril 1858). L'enregistrement n'est obligatoire que pour les actes reçus par les cadis, produits devant la justice française et non devant la justice musulmane.

JUSTICE MUSULMANE

DANS LA PARTIE SITUÉE EN DEHORS DU TELL ET DE LA KABYLIE.

Dans la partie de l'Algérie située en dehors du Tell et de la Kabylie, la justice est administrée par les cadis, les juges de paix, la Cour d'appel d'Alger, les tribunaux d'Oran et de Constantine.

Les musulmans de la région en dehors du Tell peuvent, d'un commun accord, porter leurs contestations devant la justice française, et il est alors procédé d'après les dispositions du décret du 13 décembre 1866 (décr. 8 janvier 1870).

[1] Le décret du 1er octobre 1854 a été rapporté (D., 31 déc. 1859, art. 61), mais les dispositions des articles 51 et 60 ont été reproduites dans le décret du 31 décembre 1859.

Digitized by Google

Le gouverneur général détermine, par arrêtés, les circonscriptions judiciaires du territoire, fixe le personnel des diverses mahakmas, nomme les cadis et les adels, désigne le nombre et les lieux de réunion des medjlès[1] (*ibid.*, art. 3).

La surveillance des tribunaux indigènes appartient, sous l'autorité du gouverneur général, aux généraux commandant les divisions, au premier président de la Cour d'appel et au procureur général, qui se concertent à cet effet.

Les cadis connaissent, en premier ressort, de toutes les affaires civiles et commerciales, ainsi que des questions d'état.

Ils statuent, en dernier ressort, sur les actions personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de 200 francs de principal, et sur les actions immobilières jusqu'à 20 francs de revenu, déterminé soit par contrat, soit par la déclaration des parties (*ibid.*, art. 5).

Il est perçu un droit fixe de 5 francs pour chaque affaire, lorsque les parties se présentent et se retirent sans réclamer expédition du jugement du cadi (*ibid.*, art. 6).

Le tarif des droits à percevoir par les cadis est fixé conformément à l'article 1er de l'arrêté du gouverneur général du 21 mars 1868, qui a réglementé la matière pour la région du Tell (*ibid.*, art. 7).

La partie qui voudra interjeter appel devra, à peine de déchéance, en faire la déclaration dans les trente jours à l'adel du cadi qui a rendu le jugement.

Il sera dressé acte de cette déclaration et il en sera délivré copie à l'appelant.

L'adel en donnera avis à la partie adverse, qui, dans les dix jours de la réception dûment constatée, pourra déclarer qu'elle renonce à soumettre l'affaire à l'examen du medjlès constitué ainsi qu'il est dit ci-après.

L'appelant pourra faire la même déclaration en interjetant appel; avis en sera donné à l'intéressé par l'adel, lors de la signification de l'appel.

Dans l'un et l'autre cas, l'affaire sera directement portée devant la juridiction spécifiée à l'article 13 (*ibid.*, art. 8).

A défaut de déclaration contraire, l'affaire, en cas d'appel,

1 Ce mot est le même que celui de *midjelès* employé plus haut.

Digitized by Google

sera examinée de nouveau devant un medjlès consultatif, lequel pourra exiger l'apport de toutes les pièces produites devant le cadi premier juge.

Ce medjlès sera constitué comme il est dit au § 1er de l'article 19 du décret du 13 décembre 1866 (*ibid.*, art. 9).

Le résultat des délibérations des medjlès est exprimé sous forme d'avis, et cet avis est consigné avec ses motifs en marge de la sentence du cadi.

Si la contestation ne porte ni sur une question d'état ni sur une valeur dépassant 2,000 francs de capital ou 200 francs de revenu, et si l'avis du medjlès est conforme au jugement du cadi, ce jugement acquiert une autorité souveraine, et l'appel reste sans suite (*ibid.*, art. 10).

L'appel conserve, au contraire, tout son effet :

1° Lorsque la contestation, quel qu'ait été l'avis du medjlès, porte soit sur une question d'état, soit sur une valeur dépassant la limite ci-dessus indiquée;

2° Lorsque, s'agissant d'un intérêt compris dans cette limite, l'avis du medjlès n'est pas entièrement conforme au jugement du cadi (*ibid.*, art. 11).

L'avis du medjlès sera immédiatement notifié, à la diligence de l'adel remplissant les fonctions de greffier, aux parties non comparantes.

La partie qui a interjeté appel du jugement du cadi doit, dans les quarante jours, à peine de déchéance, déclarer à l'adel du medjlès qu'elle persiste dans son recours.

Acte est dressé de cette déclaration, et il en est délivré copie à l'appelant.

Des expéditions du jugement du cadi, avec l'avis du medjlès, de la déclaration itérative d'appel, et les pièces produites, seront transmises dans le plus bref délai par l'adel, sous la surveillance du président du medjlès, au général commandant la province, qui adressera ces pièces au ministère public près la juridiction d'appel (*ibid.*, art. 12).

Cette juridiction appartient, pour la province d'Alger, à la chambre spéciale instituée à la Cour d'appel, en vertu du décret du 13 décembre 1866, et pour les deux autres provinces aux chambres spéciales des tribunaux d'Oran et de Constantine (*ibid.*, art. 13).

Les affaires s'instruisent dans la forme prescrite par les

Digitized by Google

articles 33, 34 et 35 du décret organique du 31 décembre 1859, revisé par le décret du 13 décembre 1866.

Les dépôts et communications de pièces, l'exécution des commissions rogatoires et tous actes d'instruction pourront s'effectuer par l'entremise des juges de paix, des commandants de cercles et de tous autres officiers de police judiciaire, y compris ceux déterminés par le décret du 15 mars 1860 (*ibid.*, art. 14).

Tous déclinatoires pour incompétence seront, dans les cinquante jours qui suivront l'inscription au greffe, jugés sur le vu de ces pièces et de tous autres documents recueillis dans l'intervalle. L'incident sera vidé sans frais ni comparution des parties.

Après l'expiration du délai spécifié ci-dessus, aucune exception de cette nature ne pourra être proposée par les parties ni soulevée d'office.

Lorsque l'affaire sera en état, le ministère public la portera à l'audience, en conformité des dispositions du décret du 31 décembre 1866. Les parties n'y seront appelées que quand la Cour ou le tribunal l'aura jugé nécessaire (*ibid.*, art. 15).

La décision rendue par la juridiction d'appel ne pourra être l'objet d'aucun recours.

En cas de contestations entre indigènes du Tell et indigènes du territoire régi par le présent décret, les articles 10 et 11 ne seront pas appliqués. L'appel aura lieu et sera jugé conformément aux articles 22, 23 et 24 du décret du 13 décembre 1866, si ce n'est qu'il sera porté exclusivement devant la Cour d'Alger ou devant les tribunaux civils de Constantine ou d'Oran, même au-dessous de 2,000 francs de capital ou de 200 francs de revenu.

Il pourra être dérogé, par conventions expresses, à ces règles de compétence (*ibid.*, art. 17).

Les vacations attribuées aux membres et adels des medjlès sont fixées conformément aux articles 5, 6, 7 et 8 de l'arrêté du 20 août 1867, qui a réglementé la matière pour la région du Tell (*ibid.*, art. 18). VICTOR JEANVROT.

Digitized by Google

A PROPOS DE QUELQUES RÉFORMES JUDICIAIRES.

1875—1876

Notre organisation judiciaire prise dans son ensemble a traversé et surmonté, depuis sa création, la plus rude expérience que puisse rencontrer une institution. Discutée et menacée à chaque changement de régime, elle a vu pendant trois quarts de siècle les révolutions renverser et rétablir, tour à tour, la plupart des appuis et des instruments de la puissance publique. Seule, elle a échappé aux bouleversements ; elle est demeurée debout quand la terre tremblait autour d'elle.

Après avoir subi impunément tant d'attaques, la magistrature s'est faite à la pensée qu'elle était invulnérable ; à force d'avoir entendu parler du danger, elle n'y croit plus et court risque de se laisser aller à une trompeuse sécurité. L'indifférence et l'engourdissement seraient aussi funestes que les craintes exagérées. Il faut envisager d'un regard calme la situation présente, se défaire de toute illusion, se livrer à une sorte d'examen de conscience, sans se dissimuler les faiblesses et en cherchant sincèrement le remède.

Le moment est opportun. Depuis quelque temps, une tentative a été faite pour améliorer le recrutement de la magistrature et accroître ainsi la considération dont elle jouit. Sous l'impulsion de M. Dufaure, une réforme s'est accomplie sans bruit. Elle mérite qu'on s'y arrête, car elle touche aux éléments essentiels et à la nature même de la vie judiciaire.

Dans quels éléments doit-on puiser le personnel des magistrats ? C'est là un grave problème qui a été résolu différemment à toutes les époques et dans tous les pays.

Si les Parlements, malgré le vice originel de la vente des charges et de leur transmission héréditaire, ont possédé de grands magistrats, ils le doivent assurément à la double vertu de l'esprit de corps et de l'esprit de famille. C'est de là que sont sortis les Molé, les Séguier, les Talon. Après avoir rappelé de tels noms, ne poussons pas trop loin notre curiosité et notre enquête, ne cherchons pas à tirer des récits

Digitized by Google

contemporains ce que valaient au-dessous d'eux la plupart de leurs collègues; contentons-nous de nous incliner devant les mémoires illustres qui seules ont traversé le temps et qui de loin, grâce au mirage du passé, deviennent le type auquel l'imagination se plaît à rattacher toute une série de figures.

La Révolution a fait table rase de ce système et, comme en toutes choses, elle est passée d'un bond aux extrêmes; elle a créé des juges élus; plus tard, quand les Cours et les tribunaux se sont constitués, le gouvernement n'eut pas de peine à trouver des juges parmi les jurisconsultes et les légistes formés dans les Parlements et les bailliages.

Dans le sein de ces juridictions, appliquant les nouvelles lois avec le souvenir persistant des anciens usages, l'esprit de corps ne tarda pas à renaître; pensant tenir la place de l'ancienne aristocratie parlementaire, les nouveaux magistrats cherchèrent à assurer à leurs fils la transmission de leurs fonctions. Assurément il n'est pas de plus noble sentiment chez le père de famille, et rien à notre gré n'honore plus un nom que de voir pendant plusieurs générations ceux qui le portent cultiver les mêmes sciences, se consacrer aux mêmes travaux et poursuivre le même but. Mais l'hérédité des fonctions a pour condition unique l'hérédité de l'intelligence. Là où manque la capacité, la transmission est une atteinte à l'ordre public, une pure faveur dont souffrent les intérêts de l'État. Que de fois le ministre accepte-il une démission conditionnelle qui lui permet de satisfaire quelques impatiences! Il importe peu que le magistrat âgé soit une des lumières de sa compagnie, que le jeune aspirant dont une retraite prématurée ouvre la carrière soit un sujet médiocre. Le même jour, à l'heure où un digne conseiller quitte la Cour, le premier degré est franchi par un jeune homme qui n'a pas d'autre titre que son nom.

— Vous ne tenez pour rien la tradition, me dira-t-on. — Tout au contraire, nous l'estimons très-haut, pourvu que le jeune magistrat qui en est le dépositaire y joigne une valeur personnelle. Autrement, c'est une vaine parure qui, loin de se développer avec l'âge, cessera bientôt de recouvrir le vide de l'esprit et laissera à nu, en tombant, la misère de l'intelligence. Certes, nul ne peut nier que la dignité extérieure et le respect de soi-même ne soient une part de la vie judiciaire;

Digitized by Google

l'erreur est de substituer cette qualité à toutes les autres et d'oublier qu'elle ne tient pas lieu des études solides et des facultés de travail qui font seules le magistrat capable et laborieux.

C'est à ce sentiment profond de la tradition et au désir de ressusciter une sorte d'hérédité que fut due, sous le premier Empire, la création des juges auditeurs assimilés aux auditeurs au Conseil d'État. — Pendant un noviciat de cinq années, le jeune magistrat admis à participer aux travaux des Cours, des tribunaux et des parquets, pouvait prendre la parole comme organe du ministère public, procéder à une enquête ou à des actes d'instruction, mais n'avait pas voix délibérative, ses fonctions demeurant essentiellement amovibles. « L'institution fut très-utile dans le principe, dit M. Bé« renger dans son *Traité de la justice criminelle;* elle avait « pour objet de former de bonne heure de jeunes sujets aux « vertus de leur profession, par l'exemple journalier que « leur offraient les anciens magistrats. A l'origine, les can« didats furent nommés au scrutin par les Cours. Tant que « cette forme de présentation fut observée, les Cours s'as« surèrent de bons élèves et les anciens magistrats d'excel« lents successeurs. » Fort utile, quand elle associait à une Cour des intelligences d'élite, l'institution servit bientôt à favoriser des ambitions moins légitimes. Les auditeurs, loin de se retirer après cinq ans d'exercice, se perpétuaient sur leurs siéges jusqu'à ce qu'ils eussent obtenu le titre et les fonctions de magistrat. Ce recrutement retardait l'avancement et excitait les jalousies de tout le ressort. Il suffisait de la moindre secousse politique pour déterminer la suppression de ce noviciat judiciaire que l'opinion publique condamnait en le rattachant aux souvenirs de l'ancien régime. La loi du 10 décembre 1830 abolit tous les juges auditeurs, et ne laissa subsister les anciens conseillers auditeurs que pour les supprimer par voie d'extinction.

Le service des tribunaux ne pouvait se passer de jeunes auxiliaires, la magistrature réclamait un stage. Les juges suppléants, multipliés peu à peu, répondirent à ce double besoin; mais cette institution, qui avait l'inconvénient de conférer d'emblée l'inamovibilité aux candidats, ne tarda pas à être vivement attaquée. Les motifs qui avaient déterminé la sup-

Digitized by Google

pression des auditeurs en 1830, firent voter en 1840, après une vive discussion, la suppression des juges suppléants au tribunal de la Seine. On répétait que les conditions d'admission étaient trop faciles, qu'il n'existait aucune épreuve préalable destinée à écarter les sujets peu capables et peu laborieux et qu'il en résultait un affaiblissement progressif des tribunaux et des Cours, et à la Chambre des pairs, M. Portalis réclamait l'établissement « d'un noviciat pratique véritable « auquel on ne devrait admettre que ceux qui auraient déjà « acquis les connaissances dont il s'agit de faire l'applica- « tion[1]. » (*Moniteur* 1842, p. 1645.)

Deux ans plus tard, la Chambre des pairs était saisie d'un projet conforme au vœu de M. Portalis, auquel s'étaient associées la Cour de cassation et vingt Cours royales. Amendé pendant les débats, le projet de loi avait l'inconvénient de se rapprocher sensiblement de l'auditorat dont il ne réparait les dangers qu'en exigeant le doctorat en droit et en refusant, en tous cas, la voix délibérative à l'auditeur[2]. Le gouvernement ne crut pas devoir présenter ce projet à la Chambre des députés, et nous ne le mentionnons que pour indiquer « avec quelle énergie la magistrature réclamait, dès cette époque, une institution définitive qui assurât son recrutement[3] ».

Elle n'en obtint aucune. L'institution des attachés ne pouvait en tenir lieu. M. Martin du Nord essaya cependant de

[1] Le titre demeura, et au lieu d'appartenir à des jeunes gens se destinant à la magistrature, il fut donné à des membres du conseil de l'ordre et à d'anciens praticiens. Comme leur âge ou leurs travaux les empêchaient d'assister aux audiences, le tribunal manquait en réalité de juges suppléants. Peu à peu des jeunes gens plus libres de se tenir prêts au service des Chambres remplacèrent MM. Paillet et Chaix d'Est-Ange, et le noviciat détruit en 1840 se reforma.

[2] L'article 13 de la loi du 20 avril 1810 accordait voix délibérative en certains cas à l'auditeur qui, on le sait, était toujours révocable.

[3] Rapport adressé au garde des sceaux par la commission chargée d'étudier les moyens d'étendre aux divers ressorts judiciaires l'institution du concours pour la nomination des attachés (imp. nat., février 1876). Cette commission était composée de MM. Menier, président à la Cour de cassation; Tranchant, conseiller d'État; Pont, conseiller à la Cour de cassation; du Verzier, directeur des affaires civiles, Ribot, directeur des affaires criminelles; Hémar, avocat général à la Cour de Paris, et Campenon, substitut à Paris, secrétaire et rapporteur.

Digitized by Google

relever leur situation en exigeant le doctorat en droit des douze avocats qu'il attacha à la chancellerie, mais quelle que fût leur aptitude, les candidats ne trouvaient dans leur passage un ministère de la justice, sous un titre brillant et recherché, que les moyens d'acquérir une expérience restreinte. Plus profitables étaient les travaux des attachés que les procureurs généraux se donnèrent à l'exemple de la chancellerie. Un grand nombre d'avocats y acquirent sous les yeux de leurs futurs chefs l'habitude des affaires et la connaissance de l'administration des parquets. Il s'y formait de bons employés, des rédacteurs habiles et soigneux ; mais l'étude du droit y était absolument négligée ; l'habitude de la parole risquait de s'y perdre[1], plus les travaux étaient considérables et plus les jeunes avocats distraits de leur stage et confinés dans un bureau du parquet étaient éloignés du mouvement judiciaire. Après plusieurs années consacrées gratuitement à un labeur aride, le chef du parquet peut-il refuser une présentation ? De ce stage préalable sans condition d'entrée découle donc pour les procureurs généraux une obligation morale qui est funeste au recrutement[2].

Depuis de longues années on peut dire que le choix des jeunes gens appelés à recruter les degrés inférieurs a été livré au hasard des recommandations; aucun chef de com-

[1] Ce serait un coupable oubli autant qu'une injustice de ne point signaler ici les remarquables efforts accomplis en 1862 par l'initiative de M. Brière-Valigny, alors substitut du procureur général, pour combler la lacune que nous signalons. Groupant en un seul corps les attachés aux parquets de la Cour de cassation, de la Cour d'appel et du tribunal, il les réunit chaque semaine en une conférence dans laquelle entrèrent plusieurs avocats. De ce rapprochement entre le jeune barreau et de futurs magistrats, qui faisait naître la plus heureuse émulation, sortirent des discussions et des travaux dont aucun membre de la conférence des attachés n'a perdu le souvenir. Sous la direction assidue de M. Brière-Valigny qui la présidait, assisté de son collègue M. Legendre qui en était le vice-président, cette réunion apprenait aux attachés, à la grande surprise de quelques-uns d'entre eux, que le travail de la correspondance administrative n'était pas la seule préparation à la carrière judiciaire. Les attachés ont dû à la conférence de sérieuses études et plusieurs avocats y ont vu naître leur vocation judiciaire. Aussi tous ceux qui ont participé aux travaux de cette réunion ont-ils conservé pour son fondateur une reconnaissance qui prouve combien était utile l'initiative qu'il avait prise.

[2] Cent cinquante jeunes avocats sont attachés aux divers parquets de France. Le rapport de M. Campenon en donne l'état par parquet, p. 8 et 9.

Digitized by Google

pagnie ne nous démentirait, s'il passait en revue les substituts et les juges suppléants parvenus dans son ressort. Nommés tantôt sur la foi de protecteurs puissants, tantôt parce que leurs fonctions d'attaché en ont fait, quelle que soit leur aptitude, des candidats forcés, c'est quelques mois, souvent quelques années après leur entrée en fonctions que leur talent ou leur faiblesse se découvre; au lieu de précéder la nomination, l'épreuve la suit. A ce moment il est trop tard et le magistrat médiocre vient s'ajouter aux non-valeurs qui encombrent certains siéges.

Qu'on n'objecte pas que ce péril est commun à toutes les carrières. Oui, dans toutes les hiérarchies, l'insuffisance de certains hommes n'apparaît qu'avec le temps. Partout la pratique des fonctions est le plus sûr examen de la valeur individuelle; mais est-ce un motif de négliger toute autre épreuve? Et lorsque est confiée à un homme une mission si grave que l'inamovibiliié en a paru la garantie nécessaire, l'État doit-il permettre que l'expérience s'accomplisse aux dépens des plus précieux intérêts. En Angleterre, ce sont des avocats éprouvés, des jurisconsultes entourés de la considération publique qui abandonnent le barreau pour monter sur le banc des juges, tant on estime qu'en une telle matière il est impossible que la société livre rien au hasard. On s'étonne souvent du respect que les Anglais professent pour les corps judiciaires. N'en cherchez pas d'autres raisons : tout est fait pour attirer vers la magistrature les intelligences d'élite. Le barreau le sait, les gens de loi le constatent, et la nation entière a confiance.

En France, le nombre des magistrats met obstacle à un choix aussi restreint. Il n'y a pas chaque année en Angleterre plus de trois ou quatre grands siéges à pourvoir, tandis que 140 places en moyenne viennent à vaquer chaque année parmi nous (rapport de M. Campenon). Il est donc impossible de se contenter de choisir ceux que met en lumière le perpétuel concours du barreau. Les avocats en possession d'une clientèle apportent sur le siége une expérience qui vient ajouter à la valeur des compagnies, mais ils ne peuvent être l'unique origine de la magistrature. Pour les postes de début, il faut trouver des hommes qui, à l'entrée de la vie, se dévouent à la carrière judiciaire.

Digitized by Google

Le problème se posait donc sous la même forme : comment choisir les jeunes gens dignes d'être associés à l'administration de la justice? Nous avons vu les inconvénients du choix sans garantie qui consacre la faveur. L'absence de toute épreuve précédant la nomination nous a paru dangereuse. Fallait-il instituer à l'entrée de la magistrature ce qui a offert au recrutement du Conseil d'État et de la Cour des comptes des éléments si remarquables? Devait-on aller jusqu'à mettre au concours les places de substitut? M. Dufaure n'a pas pensé qu'une telle organisation fût compatible avec la dignité de la justice, ni qu'elle pût fournir, sous une forme directe, les candidats aux places vacantes.

Organiser une période de stage qui permette de juger la valeur réelle de l'intelligence, placer à l'entrée de ce stage un examen qui atteste la solidité des études, combiner ainsi les avantages du concours qui met en lumière les qualités brillantes de l'esprit avec la maturité si féconde du travail quotidien, avant tout, éliminer les médiocrités quelles que soient les protections qu'elles invoquent, telle fut la pensée qui inspira l'arrêté du 10 octobre 1875.

I. *Concours pour l'obtention du titre d'attaché.* — En ouvrant un concours à Paris pour six places d'attachés de première classe, le garde des sceaux ne créait pas du même coup l'examen et le mode de stage. L'arrêté confondait en un seul corps les attachés à la chancellerie et ceux des deux parquets de Paris pour en faire les stagiaires de la magistrature. Il organisait en même temps deux classes d'attachés, ouvrant la seconde classe aux licenciés en droit et réservant la première aux docteurs. Deux ans de stage dans la seconde classe devaient être exigés des attachés qui n'auraient pas été lauréats de la Faculté de droit, secrétaires de la conférence des avocats ou déclarés admissibles au concours de l'agrégation des Facultés de droit.

La réforme que tentait M. Dufaure pour les attachés au ressort de Paris n'était qu'un premier pas. La circulaire qui transmettait aux procureurs généraux l'arrêté du 10 octobre traçait le plan général. Si les résultats du premier concours étaient satisfaisants, l'extension de la mesure aux autres ressorts judiciaires devait être mise à l'étude. Dans la pensée du garde des sceaux, « l'institution des attachés pouvait

Digitized by Google

devenir, grâce au concours, une pépinière excellente pour le recrutement de la magistrature ». — Pendant que cette tentative se préparait, les procureurs généraux étaient invités à faire connaître leur opinion personnelle sur les avantages ou les inconvénients que présenterait l'institution d'un concours unique pour le recrutement des attachés des divers parquets.

La lecture des rapports démontre combien était opportune l'initiative du garde des sceaux. Un procureur général déclare que les « chefs de parquet, préférant leur repos « à leurs devoirs, acceptent trop souvent, comme at- « tachés, tous les fils de conseillers et de personnages no- « tables qui ont été assez heureux pour conquérir le diplôme « de licencié. Cet état de choses n'a pas seulement pour « effet d'introduire dans l'ordre judiciaire des magistrats « d'un mérite médiocre, peu disposés au travail et à l'effort; « il décourage les candidats qui, moins favorisés du côté de « la parenté, fourniraient de vaillantes recrues. En présence « des difficultés qu'ils prévoient, croyant à la puissance de « la faveur, ils se découragent et demandent à d'autres car- « rières un avenir que la magistrature semble leur refuser. » — Un autre procureur général fait un aveu non moins explicite : « Il est bien difficile, dit-il, de refuser d'admettre « dans ce qu'on appelle la pépinière des tribunaux tel fils « d'un président de Chambre ou d'un conseiller. D'autres « personnes influentes nous assaillent aussi sous ce rapport « de recommandations auxquelles tout le monde ne sait « pas se soustraire. Le concours, en nous débarrassant des « désignations individuelles, nous serait évidemment avan- « tageux. [1] » Il résulte de ces rapports que l'institution des attachés telle qu'elle avait été organisée était presque partout en déclin.

Vingt-neuf candidats se présentèrent en décembre 1875 pour se disputer les six places offertes. Dès le début, il parut certain que le niveau des épreuves serait élevé par la valeur même des concurrents. Le jury, qui avait reçu la mission de diriger le concours, résuma, dans un remarquable rapport dû à la plume de M. Campenon, substitut du procureur gé-

[1] Rapport de la commission, p. 10.

Digitized by Google

néral, les conditions de la réforme, et ses conclusions furent entièrement favorables à l'institution de ce noviciat judiciaire.

Pour que l'innovation fût durable, il était bon qu'elle reçût la consécration d'un règlement d'administration publique. Le Conseil d'État fut saisi du projet qu'avaient rédigé les jurés du concours; il en étudia avec soin le principe et les détails qui furent fixés par le décret du 29 mai 1876.

Deux classes d'attachés sont créées: pour parvenir à la seconde classe, aucun concours n'est établi, il suffit d'une nomination du garde des sceaux qui choisit parmi les docteurs en droit et les licenciés qui ont subi avec succès les deux examens de doctorat. Cent huit attachés de cette catégorie sont répartis dans les Cours ainsi que dans les tribunaux les plus chargés.

La première classe comprend soixante attachés dont douze faisant le service de la chancellerie. Le concours seul en ouvre l'accès. Pour être admis à subir les épreuves, le grade de docteur en droit et la présentation par un des chefs de la Cour ou le bâtonnier du barreau d'une Cours ont exigés. A défaut de présentation, le candidat peut être inscrit, s'il est attaché de deuxième classe, lauréat de l'Institut ou des Facultés de droit de l'État, admissible à l'agrégation des mêmes Facultés ou licencié ès lettres. Aucun de ces titres ne crée d'ailleurs un droit absolu; la science seule ne fait pas le magistrat. « L'honorabilité de la famille, disait « en excellents termes le rapporteur du concours, la dignité « de la vie privée, la régularité du travail, l'habitude de la « discrétion, ces dons de nature qui ne s'acquièrent pas et « qui permettent au magistrat de prendre rapidement une « décision sage, en un mot, cet ensemble de qualités qu'on « appelle les mœurs judiciaires, ne peuvent s'affirmer par « un concours. » (P. 2.) Le garde des sceaux conserve le droit d'apprécier, avant l'admission au concours et après une enquête sérieuse, « si les candidats réunissent les conditions morales qui doivent être exigées des aspirants à la magistrature ». (Art. 6.) — Ainsi se trouve consacrée l'une des garanties les plus indispensables au succès d'une telle réforme.

La première application du décret eut lieu le 4 décembre

Digitized by Google

1876. Un grand nombre de jeunes gens demandèrent à être admis au concours. Plusieurs docteurs en droit furent écartés à la suite d'investigations minutieuses faites par les procureurs généraux. La liste ainsi épurée comprenait 84 candidats; 64 se sont présentés pour subir les deux épreuves écrites, consistant chacune en une composition sur un sujet tiré au sort que les candidats doivent traiter en six heures, sans pouvoir consulter d'autres livres qu'un Code non annoté. Les 4 et 5 décembre, les deux sujets suivants furent tirés au sort : 1° des attributions du ministère public en matière civile, à l'audience et hors de l'audience; 2° des mandats de la détention préventive et de la liberté provisoire.

Seize furent éliminés et quarante-huit admis aux preuves orales. Elles peuvent porter, comme les preuves écrites, sur le droit civil et commercial, sur le droit criminel, sur l'organisation judiciaire et sur les principes généraux du droit public ou administratif. Chacun des candidats fit une leçon d'une demi-heure sur un sujet tiré au sort et remis au candidat une heure avant le commencement de l'épreuve, puis il dut répondre, pendant une heure, aux différentes questions qui lui furent adressées par tous les membres du jury.

Cette partie du concours donna les résultats les plus remarquables. Un tiers seulement des admissibles fut repoussé. La moyenne des épreuves fut telle que le jury, après avoir classé, par ordre de mérite, les seize premiers candidats qui allaient être nommés attachés, n'hésita pas à en recommander seize autres à l'attention du garde des sceaux.

En résumé, l'expérience a confirmé ce qu'on attendait de la réforme. Le concours a fait sortir de l'obscurité des hommes de savoir et de mérite pour lesquels la magistrature ne se serait ouverte que très-tard et très-difficilement. La cause des concours est gagnée en principe. Est-ce à dire que du premier coup les limites du progrès soient atteintes? Telle n'est pas notre pensée. Les épreuves en elles-mêmes doivent être strictement surveillées pour que la capacité des concurrents n'en hausse pas indéfiniment le niveau. Le péril des concours est l'exagération même des difficultés; les examinateurs ont une tendance à étendre et à compliquer les programmes, afin d'établir avec moins de peine un classement. De là ces questions embarrassantes, ces problè-

Digitized by Google

mes de détail, véritables arguties d'école où triomphent, non les facultés solides, mais la mémoire, ce don merveilleux et trompeur qui accompagne souvent le mérite, mais qui n'en donne pas toujours la mesure. Qu'on ne s'y trompe point, il ne s'agit pas de discerner uniquement la science des candidats. Docteurs en droit, ils savent assurément ce que la chancellerie doit exiger d'un jeune magistrat. Ce qu'il s'agit d'apprécier, c'est la valeur de leur esprit, la sûreté de leur jugement, ce que vaut leur style, comment ils traiteraient une question ou rédigeraient un rapport, quelle forme ils donneraient à leurs conclusions s'ils avaient à discuter une théorie juridique; en d'autres termes, comment ils sauraient exprimer leur pensée à l'aide, soit de la plume, soit de la parole. Voilà le vrai sens de l'épreuve : qu'on se garde de la dénaturer en la forçant. Diminuez la part trop grande faite à la mémoire du candidat; circonscrivez le programme, et permettez aux concurrents de préparer à tête reposée leur leçon; ne leur refusez pas quelques livres; plus vous leur en donnerez, mieux vous jugerez ce que de l'abondanee même des matériaux saura tirer leur discernement.

Il y a mieux à faire. Que deviennent dans les parquets les attachés? A quels travaux sont-ils employés? Tel est le second écueil de la réforme. Le garde des sceaux l'a entrevu. » Je ne saurais trop insister, disait-il, sur l'inconvénient « grave qu'il y aurait à n'employer ces jeunes gens qu'à des « travaux matériels et purement subalternes. Un attaché ne « doit pas tenir uniquement la place d'un expéditionnaire[1]. » A ces sages avis, le garde des sceaux ajoute la nécessité, pour les attachés, de s'exercer à la plaidoirie, et recommande aux procureurs généraux de charger les attachés de la rédaction de travaux et de mémoires touchant à la science juridique. Malheureusement, les attachés ont suivi depuis bien des années de fâcheuses traditions. Tranformés en employés gratuits par une pratique routinière, ils ne cherchaient point l'occasion de déployer leur intelligence et végétaient à l'ombre des bureaux en attendant leur présentation. Il faut espérer que la réforme nouvelle les tirera de leur engourdis-

[1] Circulaire du 4 juin 1876 (*Bulletin du ministère*, p. 94).

Digitized by Google

sement. A Paris, le secrétaire général du ministère de la justice avait créé, vers le mois de février 1876, une conférence où chaque vendredi les attachés des parquets, réunis à ceux de la chancellerie, venaient, sous sa présidence, s'exercer à la parole. Tantôt ils discutaient une question de droit, tantôt ils examinaient un arrêt de la Cour de cassation, remontant aux principes, soutenant ou attaquant la théorie qu'il contenait. Des travaux écrits se mêlaient aux discussions et une impulsion féconde était ainsi donnée. Il faut que dans d'autres centres l'éducation judiciaire des attachés soit l'objet de soins aussi vigilants. Ce n'est pas une médiocre tâche que de préparer des magistrats. Ce devoir est confié aux membres des parquets. Si tous ne s'y prêtent pas, si les tentatives les plus sérieuses ne sont pas accomplies, la réforme échouera et l'on ne manquera pas d'accuser les concours d'un échec que l'impuissance des hommes aura seul amené.

Il y a des magistrats qui, tout en approuvant la pensée qui a inspiré le décret du 29 mai, refusent toute valeur à l'institution des attachés. M. Merville reconnaît, dans un récent article, que le concours réalise un progrès important ; il y voit une « initiative à la fois honnête et hardie qui a su ne « pas reculer devant certains préjugés fort répandus dans le « monde de la magistrature[1] ». Mais il ne croit pas que les docteurs en droit puissent acquérir l'expérience judiciaire dans ces fonctions presque subalternes. C'est aux procureurs généraux qu'il appartient d'écouter ces avertissements et d'en tenir compte, en associant les attachés à des travaux intelligents plus qu'aux détails du mécanisme administratif. M. Merville regrette les auditeurs et se demande si l'institution détruite en 1830 n'aurait pas mérité de renaître, mais combinée avec le concours qui en aurait effacé les défauts. Les docteurs en droit, pourvus de ce titre pendant trois années, ne pourraient-ils pas participer aux travaux judiciaires? Quoique privés de voix délibérative, n'acquerraient-ils pas l'expérience qui manque aux attachés, et ce noviciat qui a été condamné parce que la faveur l'avait peuplé d'incapables, ne pourrait-il pas reparaître à la condition que le concours

[1] Recrutement de la magistrature, par M. Merville, conseiller à la Cour de cassation (*Revue pratique de droit français*, 15 août 1876, p. 172).

Digitized by Google

en fermât l'accès aux médiocrités? Ce sont là des questions qui ne peuvent laisser indifférents les magistrats. Elles touchent non-seulement à la valeur intrinsèque de la justice dont ils sont les organes, mais à l'autorité politique des institutions judiciaires. Aussi sommes-nous loin de rejeter les idées mises en avant par M. Merville. Le juge exerce la fonction la plus haute et par conséquent il jouit du privilége le plus considérable que puisse déléguer la société. S'il est au-dessous de sa tâche, il assume toutes les responsabilités. Que dans l'état actuel de nos mœurs publiques, beaucoup de juges puissent être taxés d'insuffisance, et l'opinion demandera bien d'autres réformes que le concours. C'est ce qu'avec autant d'énergie que de profondeur a su exprimer M. Dufaure : « Nous vivons disait-il dans la circulaire aux procureurs généraux, à une époque où toutes les fonctions publiques qui ne sont pas données à l'élection, doivent se défendre par le mérite de ceux qui les occupent. Nous n'échapperons à l'application des théories fausses qui se sont fait jour dans ces derniers temps relativement à l'élection des magistrats qu'à la condition d'éviter dans nos choix toute faiblesse et de ne laisser entrer dans les rangs de la magistrature que des jeunes gens capables, instruits, ayant dejà fait leurs preuves et conquis l'estime de ceux qui ont assisté à leurs débuts. » (Circulaire du 4 juin 1876, *Bulletin*, p. 95.)

Ce langage était digne assurément du garde des sceaux qui se préoccupait constamment depuis cinq années des moyens de relever la situation des corps judiciaires.

II. *Tournées des procureurs généraux.* — Parmi les réformes intérieures introduites sans le secours de la puissance législative, une des plus utiles à la bonne administration de la justice fut certainement l'organisation des visites périodiques des procureurs généraux. Placé par son rang au sommet de la hiérarchie, résidant au chef-lieu du ressort et le quittant rarement, le chef du parquet vivait trop souvent dans une région inaccessible à ses subordonnés. Semblable en cela à la plupart des fonctionnaires de l'administration française, le procureur général traitait toutes les affaires du fond de son cabinet. Qui ne sait combien il est rare qu'un préfet ou un sous-préfet se déplace? Et cependant quel profit pour la question à résoudre aussi bien que pour l'effet politique

Digitized by Google

lorsqu'un administrateur vient dans la commune même, recueillir d'une oreille attentive l'expression de tous les intérêts! Notre hiérarchie judiciaire est organisée de telle sorte, les juridictions laissées à elles-mêmes se suffisent si complétement, que les chefs de parquet auxquels les tournées avaient été jadis recommandées se sont contentés de recevoir des rapports, de transmettre des instructions écrites, appelant auprès d'eux leurs substituts dans les cas les plus graves. En exerçant ainsi de trop haut leur tutelle, les procureurs généraux se privaient d'une part notable de leur autorité. « C'est seulement en voyant les magistrats à l'œuvre dans « le milieu où ils exerçent leurs fonctions, écrivait M. Du- « faure aux chefs de parquets, que vous pourrez acquérir « une connaissance exacte de leur valeur personnelle, de la « situation qu'ils occupent et du degré de confiance que les « justiciables ont dans leur impartialité. Les abus qui ont « pu s'introduire dans la tenue d'un parquet ou du greffe « d'un tribunal vous apparaîtront d'eux-mêmes au cours « d'une inspection faite à l'improviste. D'autre part, votre « arrivée dans un arrondissement sera un avertissement pour « tous que les réclamations, s'il en est de fondées, seront « examinées par vous avec le soin qu'elles méritent[1]. »

Le garde des sceaux appelait particulièrement l'attention des procureurs généraux sur l'immixtion récente, contrairement à ses instructions formelles, de quelques juges de paix dans la lutte électorale; mais ce n'était là qu'un côté de leur examen qui devait porter sur la valeur des hommes, leur situation dans la ville où ils exerçaient la justice, les conditions générales ou spéciales des magistrats d'arrondissement, l'influence qu'ils possédaient et l'avancement que pouvaient mériter les plus capables. On assure que cet excellent programme a été réalisé par plusieurs procureurs généraux dont les rapports pleins d'observations sagaces, de faits curieux et de jugements nouveaux ont prouvé ce que valait la mesure prise en mai 1876. Ces rapports forment, dit-on, un ensemble du plus grand prix; ils jettent sur les usages des petites villes, sur les relations intérieures des magistrats entre eux, sur ces mœurs judiciaires dont nous parlions

[1] Circulaire du 10 mai 1876 (*Bulletin*, p. 77).

Digitized by Google

plus haut une lumière inattendue. A côté de relations sèches et froides, il en est où le récit de conversations, soit avec les magistrats, soit avec les personnes notables de l'arrondissement, donne la vie à ce personnel considérable que la chancellerie avait peine à deviner à travers les phrases calculées d'un rapport officiel.

Dans notre organisation judiciaire, on ne le comprend pas assez, le contrôle aussi bien que l'impulsion vient du procureur général. Certains services, tels que l'instruction publique, ont des fonctionnaires d'ordre différent chargés : les uns de l'exécution, les autres de l'inspection. Ces fonctions sont confondues chez le magistrat qui est investi de l'action publique. Pour la magistrature, il n'y a pas d'autres inspecteurs généraux que les chefs des parquets de Cour. Tel est le principe qu'a mis en relief, au grand profit de toute la hiérarchie judiciaire, la circulaire du 10 mai 1876.

Si chaque année, le procureur général s'attache à voir en détail une partie de son ressort comme le prescrivait le garde des sceaux, ces visites feront naître entre les magistrats des relations toutes nouvelles. Le procureur général verra son influence pénétrer et s'étendre ; il connaîtra son ressort et sera connu des autorités locales. En même temps se formera, au ministère de la justice, un précieux répertoire d'informations exactes sur les hommes et sur les tribunaux.

III. *Bulletin officiel du ministère de la justice.* — L'absence de liens entre la chancellerie et les magistrats, voilà en effet une des lacunes de notre organisation. Les règles de la hiérarchie ont généralement restreint les relations du ministère aux circulaires et aux dépêches adressées aux procureurs généraux. Une circonstance urgente justifie seule une communication aux procureurs de la République. Et cependant que de dépêches importantes mériteraient de leur être adressées ! Quelle utilité pratique tous les magistrats pourraient retirer d'une divulgation régulière des solutions données par la chancellerie ! Cette pensée a inspiré la création du *Bulletin officiel du ministère de la justice* qui a paru au commencement de 1876. Il contient les circulaires et les arrêtés ministériels, aussi bien que les nominations ; mais ce qui fait la nouveauté de cette publication, c'est l'insertion

Digitized by Google

de toutes les décisions d'intérêt général prises par le garde des sceaux.

Chaque jour arrivent à la chancellerie de tous les parquets de France des demandes d'instructions pour la solution de questions délicates ou nouvelles. Les bureaux de la direction civile comme de la direction criminelle préparent les solutions qu'arrête le directeur d'accord avec le secrétaire générl. S'il s'agit d'une affaire de quelque gravité, le garde des sceaux examine le dossier, entend un rapport et statue lui-même. Supposez que la difficulté ne soit pas tellement générale qu'une circulaire soit justifiée. Lorsque la dépêche aura été expédiée, la minute demeurera enfouie dans les bureaux. Les magistrats saisis de l'espèce qui a donné naissance à la question connaîtront seuls l'opinion de la chancellerie : de là une expérience restreinte, et si la question naît un mois plus tard, à l'autre extrémité de la France, une nouvelle correspondance s'engagera pour réclamer une solution identique qui ne manquera pas de se faire attendre.

Le *Bulletin officiel*, en contenant toutes les décisions de principe, fait disparaître cet inconvénient. Tous les parquets apprennent, en le lisant, la jurisprudence de la chancellerie. Sans qu'on ait eu recours aux formes solennelles d'une circulaire, tous les magistrats reçoivent l'avis officiel des decisions qui facilitent le cours de la justice.

Cette publication ne présente-t-elle pas d'autres avantages ? N'aura-t-elle pas pour résultat d'améliorer la jurisprudence du ministère de la justice ? de lui assurer une plus ferme unité, en donnant un corps à l'ensemble des précédents ? Qu'on ne s'y trompe pas. Le pouvoir des bureaux de la chancellerie est considérable. Ils préparent des décisions qui règlent l'administration de la justice. Décisions d'espèce, nous l'admettons, mais qui fixent peu à peu l'interprétation pratique des lois et qui pénètrent ensuite dans les circulaires jusqu'à ce qu'elles soient consacrées par la jurisprudence.

A côté de ces solutions judiciaires figurent les consultations qui sont demandées chaque jour par les ministères. Le garde des sceaux est sans cesse appelé à donner son avis. C'est une loi fiscale dont le ministre des finances veut étendre les pénalités, c'est le conflit de la législation coloniale avec une loi de la métropole dont le ministre de la

Digitized by Google

marine réclame la solution, c'est la nationalité d'un jeune soldat appelé sous les drapeaux que le ministre de la guerre a hâte de faire fixer, c'est une réclamation d'un gouvernement voisin sur laquelle le ministre des affaires étrangères tient à avoir l'opinion motivée du garde des sceaux. Autant de dépêches qui entraînent des solutions d'une incontestable gravité. En voyant réunies dans ce bulletin les décisions du ministère de la justice, n'est-on pas effrayé de penser que tant de questions de premier ordre, engageant les principes mêmes de notre législation, peuvent être résolues sans les garanties permanentes d'une délibération préalable? Signées du nom d'un grand jurisconsulte qui aura dû les sceaux à l'éclat de son talent, elles auront une portée que nul ne contestera. Mais qui peut ignorer ce que valent les garanties quand elles ne reposent que sur le mérite des hommes? Ceux-ci passent et la fonction reste, avec l'étendue d'une responsabilité excessive. Reportons notre pensée en arrière. Voyons quelle sécurité offraient tels ou tels ministres portés aux affaires par les hasards de la politique. Au-dessous du titulaire mobile que la fortune des scrutins investit de la plus grande autorité judiciaire, n'est-il pas à propos de placer une réunion de jurisconsultes qui puissent donner leurs avis sur ces graves problèmes? Il le faut pour la responsabilité du ministre qui a besoin d'être éclairé, qui ne peut l'être qu'à la condition qu'un mûr examen précède sa décision. Si la vue plus claire du travail accompli jusqu'ici par la chancellerie fait naître cette institution, le *Bulletin*, déjà si utile en lui-même [1], aura été l'origine de la plus heureuse réforme.

IV. *Comité de législation étrangère.* — De tous les progrès accomplis au ministère de la justice, le plus intéressant est à coup sûr la création d'une bibliothèque de législation étrangère. A différentes époques, on avait conçu la pensée de former à Paris une collection des lois en vigueur hors de nos frontières; ce projet, qui avait toujours rencontré la sympa-

[1] Au premier rang des publications du *Bulletin*, nous devons signaler une analyse des rapports adressés au garde des sceaux par les présidents des tribunaux, à la suite des élections sénatoriales du 30 janvier 1876. Ce résumé forme un document du plus grand intérêt sur la première application du nouveau mode de suffrage organisé par la loi constitutionnelle.

Digitized by Google

thie, n'avait jamais été réalisé. Lorsqu'en 1867, l'initiative de quelques esprits généreux fonda la Société de législation comparée, il s'agissait de poursuivre le même but, mais il ne se trouva pas entièrement atteint. La Société montra tout ce que pouvait faire une réunion d'esprits actifs et laborieux pour la publication et l'étude des textes, la mise en lumière et la traduction des documents; le nombre des membres atteignant le chiffre de mille, ainsi que le zèle des collaborateurs prêts à toutes les tâches, assuraient à l'entreprise nouvelle un développement que ni ses ressources, ni les locaux dont elle disposait ne lui permettaient de donner à sa bibliothèque. Telle collection de lois d'un seul pays aurait suffi à remplir ses rayons. Il fallait se borner, et plus d'une fois les travaux entrepris avaient souffert de la recherche infructueuse des textes. La Bibliothèque nationale, celle de la Chambre des députés contenaient quelques collections importantes; mais nulle part n'existait un ensemble méthodiquement classé, mis au courant avec régularité et offrant des documents certains aux législateurs, aux magistrats et aux publicistes.

M. Dufaure, qui avait protégé dès ses débuts la Société de législation comparée et qui en avait été, pendant deux années, le président, voulut que l'État se chargeât de créer cette bibliothèque étrangère. C'est au ministère de la justice qu'il entendit la placer, à la portée des jurisconsultes aussi bien que des membres des deux Chambres. Pour assurer l'existence d'un dépôt permanent, il ne suffisait ni d'un arrêté ministériel, ni d'un crédit que le caprice ou l'indifférence de tel ou tel de ses successeurs pourrait méconnaître, il fallait organiser un principe d'action capable de consolider l'œuvre en dehors du ministre lui-même. Un comité fut institué, avec la mission de donner son avis sur le mode de formation de cette collection, ainsi que de veiller au classement et à la conservation des documents qui devaient y figurer; ce n'était donc point une de ces commissions qui répondent au besoin d'un jour et qui passent avec la question qui les a fait naître; la mission était permanente et l'achèvement de la tâche était confié à son zèle. Quand la partie matérielle serait assurée, l'arrêté qui la constituait lui laissait entrevoir une œuvre scientifique, en la chargeant de signaler au garde

Digitized by Google

des sceaux les lois étrangères dont il lui paraîtrait utile de publier des traductions.

Trois mois après la première publication de l'arrêté ministériel, M. Aucoc, président au Conseil d'État, fit, au nom du comité, qui l'avait appelé à la direction de ses travaux, un rapport au garde des sceaux sur les moyens à l'aide desquels devait être formée, dans un bref délai, une collection de lois étrangères. Il faut lire dans le *Bulletin* (1876, p. 107) cet exposé précis contenant « l'état des monuments de la législation dans la plupart des pays civilisés ». Le programme des acquisitions se trouvait tracé. Il fallait faire mieux encore, en se préoccupant d'assurer avec les nations étrangères un système d'échanges qui pût faire parvenir périodiquement en France les collections officielles. La sympathie des gouvernements n'était pas douteuse. Comment refuseraient-ils un envoi qu'on solliciterait en se présentant à eux les mains pleines de documents analogues? La seule difficulté était de se faire entendre. Le ministère des affaires étrangères promettait de s'entremettre activement; néanmoins il rappelait les efforts infructueux, les retards, les malentendus et les échecs de ces sortes de demandes. Le secrétaire général du ministère de la justice suggéra au comité la pensée de profiter des relations du gouvernement français avec les puissances amies pour obtenir l'institution dans les différents pays d'un comité ou bureau analogue à celui qui venait d'être fondé et qui aurait pour objet d'échanger les documents parlementaires aussitôt après leur publication. Ainsi mis en rapport, les comités entretiendraient des correspondances qui créeront, non plus seulement en France, mais dans tous les pays, un foyer d'étude et rassembleront des renseignements de nature à alimenter partout les travaux législatifs et assurer les progrès du droit international.

La commission du budget, déjà avertie de la création du comité, reçut fort à propos communication du rapport de M. le président Aucoc. Elle entendit le secrétaire général du ministère de la justice et résolut de s'associer à des efforts aussi féconds pour la réforme des lois que pour les progrès de la science juridique. 25.000 francs de crédit extraordinaire pour 1876, 20.000 francs inscrits au budget ordinaire de 1877, telles furent les sommes promises au ministre de la justice.

Digitized by Google

Les Chambres les lui accordèrent et le comité dut s'occuper sans retard de leur meilleur emploi.

Le temps n'avait pas été perdu, et quand le comité se réunit à la fin de novembre 1876, il apprit que des relations avaient été nouées avec plusieurs gouvernements. Quelques-uns étaient entrés dans la voie qui leur avait été indiquée, la plupart avaient désigné un jurisconsulte d'un rang élevé pour correspondre avec le comité français. L'un des secrétaires, M. Gonse, rendit compte d'un voyage accompli par lui en Italie et en Suisse et des efforts entrepris par les gouvernements de ces deux pays pour répondre au désir exprimé par la France. En Suisse, les autorités fédérales avaient demandé aux cantons des exemplaires de leur législation locale et une collection supérieure en étendue à toutes celles de Berne ou à Zurich allait être acheminée vers Paris. La Russie, l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas avaient entamé des relations que les échanges ne manqueraient pas de consacrer[1] Au ministère de la justice, on avait transformé, pendant ce temps, une pièce au second étage en bibliothèque, pouvant recevoir 6,000 volumes. Le nombre en sera rapidement atteint, et, avant peu, cette salle, libéralement ouverte aux chercheurs, sera insuffisante pour renfermer des collections que nul, jusqu'ici, ne pouvait trouver à Paris et qui fourniront à la science juridique un instrument de travail incomparable.

Ce dépôt n'est pas le seul que renferme la chancellerie. Un grand nombre de livres, dont quelques-uns fort précieux, existent au ministère de la justice; beaucoup y sont journellement adressés. A côté de la bibliothèque spéciale qui vient d'être constituée, pourquoi ne pas grouper dans un ordre méthodique les ouvrages aujourd'hui enfouis ou dispersés? L'ancien cabinet du chancelier, devenu le siége du tribunal des conflits, possède des collections inestimables; les archives du ministère retiennent, à côté des manuscrits législatifs qui sont transférés périodiquement aux archives nationales, des imprimés qui mériteraient de figurer dans un catalogue et d'être mis aux mains des hommes

[1] Le rapport de M. Gonse, qui comprend le compte rendu de toutes les correspondances du comité, a été publié au *Bulletin*, 1876, p. 259.

Digitized by Google

d'étude. N'y a-t-il pas là un travail d'ensemble à suivre pour ramener l'unité dans ces dépôts qui mériteraient de former une véritable bibliothèque?

En dehors des grands corps de l'État qui reconstituent ou développent leurs collections dans l'intérêt exclusif des membres de leur compagnie, il y a peu de bibliothèques juridiques d'un accès facile. En créant ainsi un nouveau centre d'étude moins bruyant et plus propre au recueillement du travail sérieux, le profit sera considérable. Avant peu, nous voulons croire que la bibliothèque de la chancellerie, dont le caractère spécial sera surtout d'être consacrée à la législation étrangère, sera ouverte aux recherches des jurisconsultes, des membres des deux Chambres et des publicistes.

V. *Archives des greffes.* — Tandis qu'à Paris, des livres précieux étaient retirés de l'obscurité où ils demeuraient enfouis, M. Dufaure songeait à préserver dans toute la France les documents anciens dont les diverses juridictions étaient dépositaires. Une circulaire du 14 septembre 1875, en demandant un rapport spécial à chaque arrondissement sur l'état des archives antérieures à 1789, déclara que ces dépôts ne devraient être maintenus dans les greffes que s'ils y sont conservés avec un zèle intelligent, le premier intérêt étant « de les mettre à l'abri des ravages du temps et de l'incurie des hommes. »

Les réponses des procureurs de la République révélèrent en beaucoup de parquets le plus fâcheux désordre. Dans tel greffe, les liasses et les manuscrits amoncelés jonchent le sol d'une pièce écartée qui n'est jamais visitée; dans telle autre, les archives sont reléguées dans des caves humides ou le grenier qui les contient est ouvert au vent et à la pluie; la plupart des dépôts étaient livrés à l'abandon sans inventaire, sans qu'une communication quelconque à un savant qui l'eût sollicitée fût possible. A côté de cette situation lamentable, étaient signalées certaines collections d'archives rangées avec un soin qui révélait la science et le zèle des magistrats : telles étaient les archives de Laon conservées et classées par le président du tribunal avec une perfection rare; à Beauvais, les inventaires et les rangements étaient presque achevés; à Autun, les archives étaient l'objet d'études qui don-

Digitized by Google

naient pour l'avenir du dépôt une pleine sécurité. En de telles villes, aucune mesure n'était à prendre et la magistrature s'y montrait digne par son soin pieux de demeurer la gardienne des documents du passé. Il fallait prendre au contraire des précautions urgentes dans un grand nombre de greffes. Les tribunaux ne pouvaient se plaindre qu'on leur enlevât des dossiers qu'ils n'avaient rien fait pour sauver d'une destruction certaine. Soixante-quatre dépôts furent retirés des greffes et remis dans le courant de 1876 aux archives départementales, où elles vont être l'objet de classements particuliers par les soins des archivistes.

Dès lors, le péril le plus imminent était conjuré; mais l'œuvre de salut n'est pas encore achevée. Une centaine de greffes ont donné lieu à des descriptions qui rendent nécessaire un examen sur place. Les magistrats ou les greffiers voulant retenir leurs archives, il est clair qu'une inspection intelligente offre seule au garde des sceaux tous les moyens de juger en connaissance de cause. Déjà M. de Rozière, inspecteur général des archives, qui avait signalé fréquemment ce danger, a visité plusieurs greffes avec un soin minutieux. La mission qui lui a été confiée ne peut manquer de tourner au profit des monuments si compromis de notre histoire judiciaire.

C'est surtout vers les villes parlementaires que doit se tourner l'attention de la chancellerie. De vastes dépôts contiennent, à vrai dire, avec les registres du Parlement les annales tout entières de la province. A Dijon, à Chambéry, à Aix, il nous revient que l'état des registres et des salles où ils sont entassés est déplorable et que des dépenses importantes sont commandées par l'imminence du danger dont ces précieuses archives sont menacées. Il n'est pas difficile d'indiquer ce qui est à faire. L'exemple est tout trouvé. Toulouse nous offre le modèle le plus accompli d'un classement d'archives parlementaires. Dans le palais de justice, à peu de distance de la Cour d'appel, sous l'œil jaloux des conseillers, de vastes salles abritent la collection des arrêts du Parlement de Languedoc. Ce dépôt conserve donc, par la place qu'il occupe, un caractère judiciaire; mais en même temps le soin de classer les documents, d'en dresser l'inventaire, la responsabilité des communications aux érudits qui

Digitized by Google

viennent les consulter incombent à un archiviste qui est placé sous les ordres de l'archiviste du département de la Haute-Garonne. En d'autres termes, les archives du département sont divisées en deux fonds : la section administrative située à la préfecture; la section judiciaire logée au palais de justice. Ainsi, toutes les susceptibilités sont ménagées. La magistrature n'a point été dépouillée et les archives, mises à l'abri de toute atteinte, sont accessibles au public.

Telle est la voie dans laquelle il faut entrer. La ville de Nantes a fait de récents efforts en ce sens. En d'autres parties de la France, ceux qui ont souci de notre histoire nationale songent à agir. Il faut que les pouvoirs publics s'associent à ce mouvement. Il y a près d'un demi-siècle, la conservation des monuments historiques, si longtemps négligée, était assurée, grâce à l'initiative d'esprits éminents, au premier rang desquels il faut citer M. Guizot et M. Vitet. La plus grande part de l'œuvre entreprise en 1832 est aujourd'hui accomplie. Le respect des monuments du passé fait partie de l'éducation générale. Il suffit assurément de signaler un si coupable oubli pour que l'opinion publique en fasse prompte justice. Ce qui a été commencé depuis un an est un gage certain qu'avant peu les archives des Parlements de Provence et de Bourgogne, ainsi que celles du Sénat de Savoie, seront préservées d'une destruction prochaine. Il serait étrange que les conseils généraux ne se missent pas à la tête d'une entreprise si féconde pour les souvenirs de leur province. La passion du progrès ne doit pas affaiblir le respect pour les institutions du passé. Il n'y a pas de convictions politiques qui justifient le dédain de toutes les traditions. Le peuple est volontiers satisfait de lui-même et peu soucieux de ce qui a précédé le siècle où il vit. C'est aux hommes intelligents à réagir contre ces haines vulgaires qu'explique seule l'ignorance.

Il faut susciter partout l'effort de l'esprit, l'encourager, y pousser les jeunes gens, y exciter les hommes mûrs. La démocratie qui est le sort commun de l'humanité, et dont les conséquences sont pour tant d'esprits un objet d'effroi, n'a pas d'autre contre-poids que le travail à tous les degrés. Cette forme nouvelle des sociétés n'est, à vrai dire, qu'un

Digitized by Google

vaste concours organisé suivant certaines règles, afin de porter au premier rang les plus dignes. Tout doit tendre vers le mode le plus parfait qu'il convient de donner à la sélection intellectuelle. Comparaison entre la législation des différents peuples, pour découvrir la plus juste et la plus féconde; examen imposé aux jeunes gens pour discerner le plus capable, toutes ces idées ne sont que des formes diverses de l'émulation qui est désormais l'unique condition du succès. Partout où le labeur diminue, partout où l'effort disparaît, les hommes ou les institutions sont en déclin.

VI. *Circulaire sur les travaux des magistrats.* — La pensée qui a présidé à la création des concours et qui a ainsi imposé une si grande somme de travail aux aspirants à la magistrature devait en même temps exiger de celui qui a conquis un siége des efforts soutenus qui tinssent incessamment son esprit en éveil. A côté des travaux de certains tribunaux, qui ne laissent pas aux membres du parquet un instant de relâche, que d'arrondissements où le service judiciaire ne suffit pas à occuper les magistrats! Les moindres incidents, un transport urgent, un rapport demandé sur l'heure, révèlent trop souvent à leur chef que des deux membres du parquet, un seul réside constamment à son poste. Quant aux juges, nul doute que la plupart n'aient des loisirs considérables. M. Dufaure, se préoccupant du séjour forcé des jeunes magistrats dans des tribunaux trop peu chargés d'affaires, chercha le moyen de relever parmi eux le goût du travail et d'entretenir l'esprit d'émulation. Dans une circulaire, il leur montra le moyen « d'assurer leur avenir, en leur conseillant de se livrer à des travaux sur la jurisprudence, l'histoire du droit où les législations étrangères ». Afin d'exciter leur zèle, il institua au ministère un comité composé des membres de l'Academie des sciences morales et politiques faisant partie de la magistrature, dont la mission serait d'examiner et de signaler au garde des sceaux les travaux émanant de magistrats, fonctionnaires du ministère de la justice ou attachés aux parquets qui lui paraîtront les plus remarquables. Ouvrages considérables, ou simples monographies, articles de revue ou de journaux judiciaires, tout devait être lu attentivement, et, sur le rapport du comité, des félicitations ou des encouragements seraient adressés aux auteurs.

Digitized by Google

S'il s'agissait d'un manuscrit, selon la valeur de l'œuvre, des mesures seraient prises pour faciliter la publication[1].

Aucune analyse ne peut tenir lieu des conseils, par lesquels M. Dufaure terminait sa circulaire : « Je voudrais que « tous les jeunes gens qui forment la milice de nos par- « quets, écrivait-il, ou qui sont l'espérance de la magistra- « ture assise, comprissent que le travail doit être, de plus en « plus, la règle de la vie des magistrats; que, dans une société « qui se renouvelle comme la nôtre, la considération publi- « que ne s'attache qu'au mérite et aux services rendus. C'est « en se montrant chaque jour plus sévère pour elle-même « et en exigeant davantage de ceux qui sont admis dans son « sein, que notre magistrature saura triompher de toutes les « attaques, et se maintenir à la hauteur de sa vieille réputa- « tion de travail, de science et de talent. »

VII. *Projets relatifs à l'organisation judiciaire.* — Un sentiment si vif de l'influence que devait exercer dans notre société l'autorité personnelle des magistrats devait amener M. Dufaure à l'étude des réformes générales dont les juridictions pouvaient être l'objet. Depuis 1871, ce problème n'avait pas cessé de l'occuper. A différentes reprises, en 1872 et en 1873, des projets de loi avaient été préparés. La réduction du personnel, la suppression des plus petits tribunaux et des Cours les moins occupées furent étudiées dans leur principe et dans leurs moindres détails; mais c'était en vain qu'on multipliait les précautions pour éviter les froissements d'intérêt; la suppression d'un siége frappait à la fois les individus qu'elle atteignait et les villes auxquelles une partie de leur importance était enlevée. Le 24 mai 1873 survint avant qu'un plan eût été adopté. La question mise à l'ordre du jour par les plaintes répétées des commissaires du budget fut soumise à une commission extra-parlementaire qui, présidée par MM. Ernoul et Depeyre, aboutit, après de longs travaux, à proposer la suppression de cent siéges de conseillers et de plus de deux cents magistrats des tribunaux d'arrondissement.

Lorsque M. Dufaure reprit les sceaux en février 1875, il

[1] Le comité, composé de MM. Faustin Hélie, Renouard, Pont et Massé, ne tarda pas à se réunir; ses membres se partagèrent l'examen de plus de cent études de diverses natures qui feront l'objet d'un rapport général.

Digitized by Google

trouva le projet tout préparé. Fut-il arrêté comme ses prédécesseurs par l'énormité des sacrifices immédiats qu'il imposait à la magistrature? Pensa-t-il qu'en présence d'assemblées nouvelles, il était nécessaire de se livrer à une étude plus générale et moins exclusivement limitée aux calculs de la statistique? Ce qui est certain, c'est que les travaux préparatoires furent bientôt repris et poursuivis avec persistance.

On s'accorda dès le début à reconnaître que le nombre des magistrats était trop considérable et que leur situation devait être relevée. De ces deux vérités prises pour base des recherches découlaient diverses conséquence : il ne s'agissait pas de diminuer le budget de la justice, mais de le mieux répartir. Les réductions de personnel, largement faites, devaient profiter à l'augmentation des traitements insuffisants.

Abordé de front et sans passion comme sans faiblesse, le remaniement de notre organisation judiciaire ne parut pas si aisé que le pensent la plupart des réformateurs. Chacun des projets proposés depuis trente ans fut successivement étudié.

Au premier rang se présente la suppression des tribunaux les moins occupés. Ce système, que semblent préférer les esprits absolus, peut-il supporter longtemps l'examen? Sans parler de ces petites villes qui entendent résonner les grands mots de décentralisation et auxquelles on répondrait en leur enlevant au profit d'un centre populeux un des derniers instruments de leur activité locale, ne prenait-on pas du même coup l'obligation de résoudre le problème ruineux du remboursement des offices? Fallait-il entrer dans la voie d'une expropriation plus que jamais difficile? Puis, la réforme achevée, quand la ville ainsi dépouillée de sa juridiction, atteinte dans ses intérêts, aurait montré son mécontentement, quelle justification fournirait-on aux populations rurales venant se plaindre de l'éloignement soudain de la justice? En vain leur montrerait-on la ligne du chemin de fer les reliant au nouveau chef-lieu judiciaire. En éloignant le prétoire, les frais se seraient accrus. « Tout citoyen, en échange de l'impôt qu'il paye, a droit à la justice; si, dans la contrée qu'il habite, il se produit moins de litiges que dans la région voisine, ce n'est pas une raison suffisante pour lui enlever les moyens de s'assurer la sauvegarde de

Digitized by Google

la loi. Chaque commune doit avoir son école, si faible que puisse être le nombre des enfants qui la fréquentent. Pourquoi chaque arrondissement n'aurait-il pas de même son tribunal, quel que soit le chiffre des procès qui s'y jugent chaque année[1] ? »

Ces motifs ont paru décisifs; mais, en même temps, ils fermaient la porte à toute mesure efficace. S'il fallait renoncer à supprimer les tribunaux de trois juges, fallait-il se contenter d'opérer des réductions de détail qui porteraient malheureusement sur des siéges d'avancement et laisseraient aussi nombreux ces siéges de début dans lesquels le défaut d'occupation produisait de si fâcheuses conséquences?

On songea alors à étendre la compétence des juges de paix. Souvent entrevu, ce système était un des plus séduisants. Relever la situation de ces modestes organes de la justice, les investir de pouvoirs plus considérables dans leur canton, les réunir en petite session au chef-lieu pour y juger à trois ou à cinq les affaires civiles, c'était une transformation qui semblait aussi sage que conforme au progrès des mœurs publiques. Pourtant des objections graves se dressaient contre elles. Le niveau des juges de paix ne pouvait être relevé sans que leur traitement ne fût accru et que l'inamovibilité ne leur eût été conférée. Voulait-on étendre ces mesures à la France entière? C'était une refonte générale de l'institution. Où l'État aurait-il trouvé le personnel nouveau ? et était-ce bien le moment de demander pour la justice des sacrifices budgétaires alors que des économies étaient si avidement recherchées? Pensait-on borner la réforme aux arrondissements les moins importants? C'était alors la création de deux catégories de juges de paix dont les pouvoirs inégaux auraient troublé l'harmonie de nos lois et l'uniformité de l'institution. Enfin, dans l'une et l'autre hypothèse, l'extension de leur compétence civile, en supprimant dans un grand nombre de cas le ministère d'avoué, aurait modifié gravement la situation des officiers ministériels. On ne pouvait sans injustice refuser une indemnité à ceux que la loi dépossédait en partie du fruit de leurs charges. L'extension de la compétence entraînait donc des mesures fort onéreuses pour le trésor et d'une application très-délicate.

[1] Exposé des motifs du projet de loi sur l'organisation des tribunaux de première instance, présenté le 15 novembre 1876 au Sénat, p. 11.

Digitized by Google

Après avoir examiné toutes les hypothèses, après avoir repris le projet préparé en 1874 par la commission extra-parlementaire et déposé par M. Vente[1], dont le vice était de maintenir intact le personnel des petits tribunaux tandis qu'il diminuait celui des tribunaux de chef-lieu, on arriva à un système nouveau qui avait l'inappréciable mérite de ne point bouleverser la hiérarchie actuelle, de ne pas jeter le trouble dans nos lois et de réaliser cette diminution tant cherchée du nombre des juges sans altérer aucune des garanties dues aux justiciables.

Recherchant quels étaient dans la constitution d'un tribunal les éléments fixes et en quelque sorte irréductibles, on est arrivé à croire que le représentant du ministère public et le juge d'instruction avaient seuls ce caractère. C'est à eux qu'aboutissent les plaintes urgentes, c'est leur action immédiate que provoque la rumeur publique; les éloigner du centre de l'arrondissement serait en réalité ralentir ou suspendre l'action même de la justice criminelle. En les laissant au chef-lieu judiciaire, rien ne serait changé au mode de poursuites qui s'exerceraient dans les conditions et avec les garanties actuelles. Quels seraient les services qui souffriraient? En matière civile, se demande-t-on qui pourrait rendre les ordonnances sur requêtes et sur référé, si rares dans les tribunaux peu occupés? Pourquoi ne pas donner ce droit au juge d'instruction? pourquoi ne pas l'investir par délégation de toutes les attributions que le président du tribunal possède et qu'en cas d'empêchement du président un juge exerce?

Ainsi le chef-lieu de l'arrondissement conserverait, avec deux magistrats résidants, toutes les fonctions judiciaires indispensables aux parties en cas d'urgence, tout ce qui ne peut sans dommage être différé. A quel prix ce résultat est-il obtenu? Il n'est pas possible de citer un seul intérêt compromis : ni magistrats ni justiciables ne peuvent élever une plainte.

Reste la tenue des audiences. Ce service souffrira-t-il davantage? Nous ne le pensons pas; et cependant son organisa-

[1] M. Vente qui avait pris part à l'élaboration du projet comme sous-secrétaire d'État, le déposa en son nom personnel dans le courant de l'année 1875.

Digitized by Google

tion est la seule qui soit l'objet d'une innovation, la seule qui par sa nouveauté offre prise aux critiques. On sait que les audiences des petits tribunaux sont aussi courtes que rares. Deux par semaine figurent sur le registre des pointes. Une audience bien remplie suffirait amplement à l'expédition des affaires. Pourquoi ne pas fixer des dates de sessions périodiques plus ou moins rapprochées suivant les besoins? Au jour indiqué, les deux juges nécessaires au complément du tribunal viendraient d'un des tribunaux voisins du même département; ils séjourneraient le temps indispensable pour épuiser le rôle, et ainsi, dans ces assises civiles ou correctionnelles, les affaires s'expédieraient sans retard comme sans dérogation aux usages consacrés.

A ce système qui fait la base du projet présenté au Sénat, quelles objections oppose-t-on? Ses adversaires se plaisent à le traiter d'ingénieux et l'accablent en répétant à tout propos cette épithète. Mieux vaudrait une franche attaque; mais un sourire de dédain ne dispense-t-il pas de bonnes raisons?

Nous ne voyons, pour notre part, que trois critiques possibles : 1° Si l'un des deux magistrats délégués est empêché, le cours de la justice sera suspendu. — 2° La rareté des audiences prolongera la détention préventive. — 3° Un déplacement si fréquent ne peut être imposé aux magistrats.

Que deviendrait le tribunal si le substitut ou le juge délégué tombaient malades? La marche des affaires serait-elle entravée? Nullement. Le substitut est attaché pour la hiérarchie et pour l'ancienneté au parquet du procureur de la République près le tribunal voisin. S'il est empêché, un substitut peut le remplacer par délégation du chef du parquet et en vertu du principe admis de l'indivisibilité des fonctions du ministère public. — Est-ce le juge délégué qui se trouve absent ou malade? Il se passera ce qui a lieu quand, sous l'organisation actuelle, le juge d'instruction est empêché. Un juge suppléant prendra provisoirement le service et, si l'absence se prolonge, un juge titulaire sera délégué.

Actuellement une audience correctionnelle a lieu chaque semaine. Si l'on s'en tenait aux sessions de quinzaine, la détention du prévenu pourrait en certain cas être accrue de huit jours; tel est, en des circonstances rares, le maximum

Digitized by Google

de la prolongation. Qui empêcherait le juge délégué de convoquer alors les deux suppléants dont seraient uniformément pourvus ces tribunaux afin de statuer sur une procédure en état? Ce serait là une ressource exceptionnelle, mais dont nul ne contestera la parfaite légalité.

Enfin, dit-on, le déplacement n'est pas seulement une cause de fatigue, mais encore une atteinte à la dignité même du juge. — Eh quoi! il s'agit d'une heure de chemin de fer, d'un de ces déplacements si fréquents dans nos habitudes modernes qu'il n'y a pas de tribunaux où, pendant une partie de l'année, plusieurs des membres du siége n'en accomplissent chaque jour d'audience de plus longs pour venir de leur maison des champs ou y retourner. Nous sommes prêts à le reconnaître : dans les départements où une ligne ferrée ne relierait pas le chef-lieu d'arrondissement au tribunal voisin, il n'y aurait pas à songer à appliquer la loi; mais le nombre des tribunaux situés à petites distances est considérable. Quel est le magistrat qui reculerait en songeant à la fatigue imposée par un voyage d'une heure? Doit-on s'alarmer davantage de l'atteinte à la dignité du magistrat? Sans aller chercher l'exemple des juges anglais dont personne n'ose dire que les tournées de circuit aient jamais diminué l'autorité, quel démenti ne donne pas à ces craintes la vue de nos présidents d'assises criminelles arrivant du chef-lieu de la Cour entourés d'un prestige qu'ils doivent à la distance aussi bien qu'à leur rang!

Il faut reconnaître qu'en dehors des grands remaniements de notre organisation judiciaire qu'il nous paraîtrait d'une souveraine imprudence de tenter en ce moment, le projet relatif aux tribunaux réalise à la fois les deux termes de ce problème en apparence insoluble : diminuer les magistrats dans les tribunaux de trois juges sans altérer aucune des garanties actuelles et sans modifier une seule de nos lois de compétence.

VIII. *Extradition.* — Transformer sans bouleverser, améliorer sans détruire, tel est le signe commun des réformes ou des tentatives que nous signalons ici. Une des plus fécondes et des moins connues est, à coup sûr, celle dont l'extradition a été l'objet.

L'usage de livrer les fugitifs accusés de crimes à la na-

Digitized by Google

tion qui les réclame pour les faire juger, remonte très-haut dans l'histoire; mais c'est surtout après la confection de nos Codes qu'il a pris en Europe une extension rendue plus rapide depuis trente ans par l'accélération des transports. Jusqu'ici aucune loi n'a été faite en France pour en régler les conditions et les formes. Réservée aux traités internationaux qui la régit, cette matière a échappé à l'action législative. De là est né un résultat singulier. L'extradition, qui est un acte de justice, n'a été entourée d'aucune des garanties judiciaires; elle est demeurée parmi nous un acte purement administratif, dépendant entièrement d'une décision ministérielle. Et cependant que de faits graves dérivent de cet acte! une arrestation, une détention, le transfèrement d'un détenu et enfin la remise à une puissance étrangère de l'accusé qu'elle réclame. « Il s'agit d'un étranger », dira-t-on. Cette raison ne nous suffit pas, s'il est question de la liberté individuelle d'un individu foulant le territoire français, et d'ailleurs pense-t-on qu'une arrestation, quelle qu'elle soit, puisse être privée de garanties sans qu'autour d'elle et par une conséquence forcée la sûreté des citoyens français ne soit compromise? Les arrestations de réfugiés étrangers n'ont-elles pas donné lieu à des erreurs sur l'identité? Des nationaux n'ont-ils pas été détenus, transférés, puis reconnus avant ou après leur extradition? Ces erreurs sont inévitables et elles rendent nécessaire l'établissement de garanties efficaces.

La loi doit les créer, mais il a semblé que l'usage pouvait préparer la loi. Dans une circulaire emanée de la direction des affaires criminelles, le garde des sceaux décida qu'aucun décret autorisant l'extradition ne serait proposé à la signature du Président de la République avant l'arrestation de l'étranger. L'étranger devait être aussitôt conduit devant le procureur de la République qui lui faisait subir un premier interrogatoire portant sur son identité et sur la légalité de la demande d'extradition. Par une heureuse innovation, le droit d'être assisté par un conseil était reconnu à l'étranger arrêté qui pouvait réclamer et obtenir la désignation d'un défenseur aussi bien que le secours d'un interprète. Le procès-verbal dressé par les soins du parquet était aussitôt transmis au procureur général par le procureur de la République qui,

Digitized by Google

après avoir vérifié d'urgence les allégations de l'étranger à l'aide de tous les moyens dont il pouvait disposer, devait y joindre son avis motivé. Ces formalités protectrices, destinées à éclairer le garde des sceaux sur le mérite de la mesure sollicitée, étaient réduites à des termes plus simples si l'individu arrêté demandait à être livré à son gouvernement. Dans tous les cas, le chef de l'État n'était appelé à statuer qu'après une vérification comportant de sérieuses garanties[1].

En marquant le premier pas accompli en France pour associer le pouvoir judiciaire à un acte qui par sa nature se rattache à la fois aux rapports de l'État avec les pouvoirs étrangers et à l'administration de la justice, la circulaire que nous venons d'analyser n'est que le prélude de mesures législatives qui devront tôt ou tard embrasser toute la matière de l'extradition. La France est l'une des premières qui ait compris les conséquences de ces rapports internationaux. Le progrès s'est fait peu à peu. Les pays les moins favorables ont subi l'influence d'une opinion générale qui les a contraints de négocier et d'entrer dans le concert des nations civilisées. L'Angleterre, que retint longtemps la fidélité aux vieux principes du droit d'asile, a senti en 1870 qu'elle ne pouvait demeurer dans un plus long isolement. En y entrant elle a pris le parti de faire voter par le Parlement une loi générale fixant les principes de l'extradition, la procédure qui serait suivie, les cas dans lesquels un individu serait livré ; puis, cela fait, elle n'a pas craint d'autoriser le pouvoir exécutif à négocier et à ratifier définitivement les traités dont les clauses seraient contenues dans les limites de l'acte. Le gouvernement anglais a pu, à dater de ce jour, présenter aux nations amies un texte précis sur lequel elles étaient appelées à négocier et dans lequel elles pouvaient puiser suivant leurs besoins. Il a été facile de voir les avantages que présentait un tel procédé. En peu d'années, l'Angleterre est

[1] Des mesures analogues étaient prescrites par la même circulaire dans le cas d'arrestation de contumaces. Très-souvent il arrivait que de longs transfèrements étaient imposés à des individus que la ressemblance du nom ou du signalement faisait confondre avec un condamné. Ainsi la circulaire établissait des précautions propres à protéger efficacement la liberté individuelle.

Digitized by Google

arrivée à conclure des traités avec toutes les puissances. Toutes savaient ce qu'elle pouvait accorder et nulle ne s'avisait de lui demander ce qui était en dehors du cadre tracé par le Parlement.

La France, soit par une longue insouciance, soit par un souvenir persistant des malentendus qui avaient accompagné l'exécution du traité d'extradition de 1843, avait laissé passer plusieurs années sans profiter de l'acte voté en 1870 et complété en 1873. Il était urgent de conclure un traité. Les négociations, rapidement conduites par le ministère des affaires étrangères, furent éclairées par la compétence du premier magistrat de police de Londres, sir Thomas Henry, qui vint à Paris et hâta ainsi, peu de temps avant sa mort, la signature d'un traité dont il poursuivait depuis douze années la conclusion avec la persistance des efforts les plus éclairés. La principale difficulté, comme il arrive souvent dans les affaires humaines, était une pure querelle de mots. La France était disposée à étendre fort loin les catégories de coupables à livrer. L'Angleterre offrait sa liste. Il semblait que l'accord dût être facile. On comptait sans les embarras de la traduction. Tel mot qui avait dans les deux langues une signification semblable et qui pouvait être tenu pour équivalent, changeait de sens en passant dans la loi voisine et avait une portée juridique qui provoquait de graves confusions. On comprit bientôt que la traduction littérale serait le plus sûr moyen de préparer des embarras inextricables. Les obstacles dont on gardait le souvenir étaient dus au formalisme des juges anglais. Le meilleur procédé pour les lever n'était-il pas de prendre le sens même des définitions criminelles anglaises et de les traduire en un texte qui en serait le commentaire exact et fidèle? En s'appropriant ainsi les qualifications usitées en Angleterre [1], la France s'assurait l'usage le plus large de la faculté d'extradition qu'eût encore concédé le gouvernement britannique. Suggeré par l'expérience de nos relations judiciaires avec l'Angleterre et

[1] On s'est étonné, nous le savons, de certaines définitions contenues dans l'article 3 du traité signé le 14 août 1876 et actuellement soumis aux Chambres. Toutes se retrouvent dans la loi criminelle anglaise qui a servi de limites aux demandes de la France et à la série des cas où l'extradition est autorisée.

Digitized by Google

la parfaite connaissance de sa législation pénale, ce procédé était appliqué pour la première fois aux traités d'extradition; il mérite d'être dorénavant mis en usage dans les actes synallagmatiques passés avec les puissances étrangères, actes que les écarts des traductions viennent si souvent compliquer et paralyser.

Le traité voté par le Sénat et actuellement soumis à la Chambre des députés marquera un progrès dans nos relations internationales. Il doit appeler l'attention sur l'extradition et nous faisons des vœux pour qu'une loi générale soit prochainement présentée aux Chambres par les ministres de la justice et des affaires étrangères. Sans bouleverser les principes en vigueur en France, sans nous obliger par un abus de la logique qui est la pente et le défaut de notre esprit, à refaire les traités en vigueur, il faut que la loi établisse la procédure française et énumère les cas où il y aura lieu à extradition. Poser un petit nombre de règles fixes, éviter la multiplicité des détails, montrer aux étrangers les garanties que nous leur offrons, imprimer au fait de la tradition du réfugié son véritable caractère, en prescrivant au magistrat d'examiner l'identité et en exigeant l'avis du pouvoir judiciaire, sans l'autoriser à apprécier au fond la culpabilité : telles seraient les réformes qui feraient entrer dans nos lois des principes dont les mœurs multiplient de jour en jour les applications.

IX. *Projet de loi sur les ventes judiciaires d'immeubles.* — Nous aurons terminé la revue des travaux d'intérêt général accomplis depuis deux ans quand nous aurons signalé un projet qui fait le plus grand honneur au gouvernement et qui était réclamé depuis de longues années. Les ventes judiciaires d'immeubles donnent lieu à des formalités ruineuses pour les petites propriétés. Les statistiques publiées par le ministère de la justice, loin de cacher le mal, en découvraient depuis plusieurs années toute l'étendue. S'il était fâcheux de penser que pour un immeuble vendu de 1,000 à 2,000 francs, les frais représentaient 25 p. 100, que dire lorsque, l'adjudication étant inférieure à 1,000 francs, la proportion des frais relativement au prix atteignait 50 p. 100? Si enfin les enchères ne dépassaient pas 500 francs, non-seulement la valeur totale de l'immeuble était absorbée par les

Digitized by Google

frais, mais les rapports officiels avouaient qu'ils s'élevaient jusqu'à 125 p. 100 relativement au prix d'adjudication. N'y avait-il pas là une véritable confiscation? et ne fallait-il pas porter un remède immédiat à un abus qui constituait pour certains patrimoines une ruine inévitable, et qui provoquait dans les campagnes une irritation d'autant plus vive qu'il dépouillait les plus pauvres en respectant les plus riches?

Depuis longtemps, on répétait trop aisément que ce mal était sans remède et l'on ne songeait pas que le législateur ne peut avouer son impuissance lorsque, par un fait que le propriétaire n'a pas prévu et sans qu'il y ait une faute à lui reprocher, la propriété privée, sous prétexte de formalités protectrices, est enlevée à celui qui s'en croit le maître.

Le problème fut mis à l'étude avec la ferme volonté de le résoudre. Les éléments divers des frais de vente furent soigneusement analysés. Enregistrement, timbre, droits de greffe, coût d'inscription hypothécaire, frais d'avoués, de notaires et d'huissiers, tous les articles furent décomposés et classés suivant leur nature. La commission qui se livra à cet examen reconnut bien vite que le temps manquait pour aborder une modification du Code de procédure civile et qu'il fallait apporter un remède partiel à un mal qui ne s'étendait pas aux ventes d'immeubles supérieurs à 2.000 francs.

Une réforme générale étant écartée, il ne s'agissait plus que d'un dégrèvement à opérer suivant une forme réglée d'avance. La difficulté était de connaître le cas où le dégrèvement devait avoir lieu. Lorsqu'au début de la poursuite, la saisie immobilière est pratiquée, qui pourra dire que l'immeuble de peu de valeur qui en est l'objet sera vendu plus ou moins de 500 francs? Cependant tout est là; la mise à prix ne signifie rien; selon que les enchères s'arrêteront à 400 francs ou qu'elles porteront le prix à plus de 2.000 francs, la situation des parties méritera ou ne méritera pas l'intérêt du législateur. En présence d'une telle incertitude, on a proposé de recourir au procédé en usage pour l'assistance judiciaire; les actes auraient été enregistrés gratuitement, visés gratuitement pour timbre, et les droits n'auraient été perçus par le fisc que dans le cas où l'immeuble aurait atteint une certaine valeur. Les complications d'écritures et de comptabilité que cette procédure eût soulevées la firent aussitôt écarter.

Digitized by Google

Avec une libéralité qui ne s'est pas démentie un instant, le ministre des finances fit proposer une mesure qui allait du coup affirmer solution. Il offrait de restituer en totalité après l'adjudication les droits payés au Trésor, si le prix de vente n'excède pas 500 francs; jusqu'à concurrence des trois quarts, si le prix n'atteint pas 1,000 francs; de moitié, si le prix est inférieur à 1,500 francs; et enfin du quart, si le prix est demeuré au-dessous de 2,000 francs. On calculait que la totalité des droits perçus par le Trésor variait, suivant la nature des ventes, de 120 à 130 francs. La perte résultant des restitutions totales ou partielles n'était pas évaluée à moins de 475,000 francs.

Une concession aussi considérable appelait de la part des auxiliaires de la justice un sacrifice analogue. Ils s'y prêtèrent sans hésiter. On convint que le montant total des émoluments alloués aux officiers publics et ministériels pour une vente judiciaire ne pourrait dépasser 15 p. 100 du prix d'adjudication, sans toutefois être inférieur à 40 francs. Aucune objection sérieuse ne pouvait s'élever contre le principe de cette proportion qui réduisait à une rémunération très-faible le service rendu par chacun d'entre eux.

Le projet de loi qui contient cette réforme renferme deux modifications au Code de procédure qui ont paru ne présenter que des avantages. Le commandement qui précède la saisie immobilière doit renfermer la copie du titre en vertu duquel on procède (art. 671 C. proc. civ.). Or, le plus souvent, ce titre a été signifié depuis moins d'un an. Pourquoi en ce cas renouveler cette formalité? et les frais qu'elle entraîne ne sont-ils pas frustratoires? Le projet de loi propose d'y substituer une simple mention indiquant la date de la signification.

Enfin, le président du tribunal peut ordonner, sur la requête d'une des parties, que les placards et insertions ne contiendront qu'une indication sommaire et non une désignation détaillée des immeubles, que les affiches seront manuscrites et que le nombre en sera réduit.

Tel est le projet que le garde des sceaux et le ministre des finances déposèrent le 17 mai 1876. La commission nommée par la Chambre des députés se montra entièrement disposée à l'accepter, et il est permis de s'étonner qu'une

Digitized by Google

mesure si juste en elle-même, si favorable aux familles peu aisées et si conforme aux tendances d'une saine démocratie, ait subi de si longs retards qu'il est permis de la croire oubliée.

Assurément la surprise serait grande si le public apprenait qu'une commission tarde à voter la mise à l'ordre du jour d'un projet qui, non-seulement fait cesser un abus, mais qui a la bonne fortune, rare en tous les temps, d'opérer un dégrèvement considérable d'impôt, sur l'initiative du ministre des finances. S'il y a des lois qui méritent l'urgence, ne sont-ce point celles que le gouvernement présente afin d'alléger les charges des contribuables? Et est-il permis de prolonger, fût-ce d'un jour, la perception de droits que condamne l'équité et qu'abandonnne le fisc?

X. *Résumé.* — En résumé, quelques améliorations ont été ntroduites dans les services judiciaires; plusieurs autres ont été tentées, partout un effort a été accompli. Quoique le ministère de la justice, n'ait vu depuis deux ans ni grandes commissions, ni projets préparés avec bruit, néanmoins il s'y est produit un certain nombre de réformes qui sont de nature à exercer sur l'organisation des tribunaux et sur l'administration des parquets la plus heureuse influence. D'autres devaient sans doute les suivre; ce n'était probablement qu'un premier pas dans une voie de progrès au terme de laquelle les corps judiciaires se fussent trouvés à la fois honorés et relevés.

Il y a bien des manières d'entendre la réforme de la magistrature. En face d'un parti qui attaque l'inamovibilité en se préparant à réclamer l'élection des juges et qui tient pour nulles les améliorations, si elles ne portent pas l'empreinte d'un changement subit et radical, il y a un grand nombre d'esprits timorés qui se croient sages, redoutant les modifications et les projets, convaincus qu'ils sont autant d'ébranlements avant-coureurs de la ruine et qu'il faut avant tout fermer la porte aux innovations. Héritiers à leur insu de la routine des anciens Parlements, ils ont tous les défauts de l'esprit de corps, mais ils s'en consolent aisément en entant avec raison qu'ils en possèdent quelques-unes des qualités. Attachés à leur devoir, magistrats fermes, menant

Digitized by Google

une vie modeste et pure, aimant la justice pour elle-même et la cherchant avec autant de sincérité qu'ils sont disposés à l'appliquer avec conscience, ils ne poursuivent ni le bruit, ni la renommée. Plus dévoués à l'État que partisans exclusifs d'une forme politique, ils n'aiment pas la lutte des partis; c'est à tort qu'on les croit rangés sous un drapeau. Il en est peu d'entre eux qui appartiennent à une faction; tout régime assurant l'ordre dans les rues et l'ordre dans l'État rencontrera l'adhésion de la grande majorité des magistrats. — Cela ne suffit pas, dira-t-on, il faut changer l'esprit des corps judiciaires et ceux qui étant à leur tête ne prennent pas tous les moyens d'y parvenir manquent à leur mission. Nous répondrons qu'il n'existe qu'un moyen de changer l'esprit de la magistrature, c'est de veiller au recrutement, d'élever partout le niveau intellectuel et de ne récompenser dans le choix des magistrats que les qualités laborieuses qui révèlent une capacité supérieure à la moyenne. Les concours périodiquement renouvelés, l'avancement rendu plus rare par une suite de mesures bien étudiées, la suppression des siéges qui ne donnent pas assez d'occupation aux magistrats, les sollicitations personnelles interdites ou rendues vaines, des encouragements accordés aux travaux des jurisconsultes, une administration centrale organisée pour donner une impulsion de plus en plus ferme aux diverses juridictions et par-dessus tout, la diminution progressive du nombre des magistrats au profit de leur situation individuelle peu à peu relevée : voilà la direction au terme de laquelle on est certain de trouver une magistrature puissante et universellement respectée. Elle n'échappera pas davantage à la discussion, ce qui n'est le sort d'aucune institution humaine, mais les critiques viendront se briser contre elle, car nul ne pourra mettre en doute la valeur de ceux qui la composent. Sans doute, une réforme de cette nature n'aura ni éclat, ni retentissement. Pendant fort longtemps, elle échappera à la foule, ses progrès ne seront perceptibles qu'après une certaine durée; elle ne procédera ni par coup de théâtre, ni par coup d'autorité, il n'y aura pas de changements à vue, mais une transformation d'autant plus assurée que toutes les mesures prises auront pour effet de la hâter et pour objet l'intérêt général sans acception de personnes. Les réformes

Digitized by Google

bruyamment annoncées ne sont ni les plus fécondes, ni les plus durables. C'est à un effort lent et continu que la chancellerie doit demander le secret de faire taire les attaques et de réformer l'esprit de la magistrature en mettant en honneur le labeur incessant qui seul, dans une société telle que la nôtre, peut assurer aux personnes le respect, aux arrêts l'autorité.

ATTRIBUTIONS CONSULTATIVES DES CONSEILS DE PRÉFECTURE.

ARRÊTÉS DU PRÉFET EN CONSEIL DE PRÉFECTURE [1].

Par M. CHASSINAT, conseiller de préfecture à Guéret.

Dans certains cas spécifiés par la loi, les arrêtés préfectoraux doivent être pris en conseil de préfecture. Le préfet agit alors comme administrateur, assisté du conseil, mais sans être tenu d'*en suivre nécessairement l'avis*.

L'arrêté doit indiquer les noms des conseillers présents; l'audition du conseil de préfecture doit être constatée dans l'acte *avant le dispositif*, mais la décision n'est signée que par le préfet.

Il y aurait *excès de pouvoirs* à prendre l'arrêté sans consulter le conseil. (Voy. circ. min. int. du 24 sept. 1835 et la loi du 21 juin 1865, art. 11.)

Le préfet statue en conseil de préfecture dans les matières suivantes :

Administration départementale.

1. Annulation des délibérations prises par le conseil général et les conseils d'arrondissement hors des réunions prévues ou autorisées par la loi, et mesures nécessaires pour que l'assemblée se sépare (loi du 22 juin 1833, art. 15, 28; loi du 10 août 1871, art. 34).

2. A défaut d'option par un conseiller d'arrondissement, élu dans plusieurs cantons ou élu membre de plusieurs conseils d'arrondissement, décision prise par le préfet en conseil de préfecture par voie de tirage au sort et en séance

[1] L'objet de cet article est de donner un spécimen de ce que pourrait être une codification des lois administratives. (*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

publique pour déterminer le canton ou la circonscription électorale à laquelle le conseiller doit appartenir (loi du 22 juin 1833, art. 26)[1].

3. Tirage au sort en séance publique pour régler l'ordre de renouvellement des membres des conseils d'arrondissement (loi du 22 juin 1833, art. 25)[1].

4. Adjudication des emprunts départementaux (circ. min. int. 5 mai 1852, art. 11).

Administration communale.

5. Division d'une commune en sections de vote, *uniquement destinées à faciliter les opérations électorales* (loi du 5 mai 1855, art. 7; 14 avril 1871, 10 août 1871, art. 43; circ. minist. int. 8 oct. 1871, p. 527, art. 43)[2].

6. Annulation de toute délibération prise par un conseil municipal hors de la réunion légale (loi du 5 mai 1855, art. 24. Voy. Cons. d'État, 1856 (Rivière), p. 255).

7. Annulation de toute délibération d'un conseil municipal portant sur un objet étranger à ses attributions (loi du 5 mai 1855, art. 23; Cons. d'État, 1866, 17 avril; Benoy-d'Azy, 3e édit., p. 124; p. 1019)[3].

[1] 1° Avant la loi des 10 août 1871, 31 juillet 1871, art. 17, le préfet en conseil de préfecture décidait la même question pour les conseillers généraux. La compétence est passée au conseil général.

2° Pour les élections municipales, la décision est également prise par voie de tirage au sort et en séance publique, mais par le conseil de préfecture *seul* lorsqu'il y a défaut d'option du conseiller municipal élu dans plusieurs conseils municipaux ou dans plusieurs sections d'une même commune (loi du 5 mai 1855, art. 7, 10 et 28; Cons. d'État, 1856, 16 avril (Sainte-Marguerite), p. 295; 1861, 25 avril (Soublecause), p. 299; 14 juin (Côte d'Arrey), p. 607; 3 juillet (Châteauneuf), p. 572; 1866, 1er juin (Landaville), p. 572; 10 août (Ladevèse), p. 964. Voy. 1849, 1er déc. (Clermont), p. 668).

Pour le conseil général la compétence est passée au conseil général lui-même (loi du 10 août 1871, art. 21).

[2] Avant les lois des 14 avril 1871 et 10 août 1871, le préfet devait procéder à la division de l'ensemble des communes en sections électorales; c'est le conseil général qui est maintenant, chaque année, chargé de ce soin (loi du 10 août 1871, art. 43).

[3] Dans le cas où l'affaire est de nature contentieuse, il pourrait y avoir lieu à compétence du conseil de préfecture (controversé) (loi des 5 mai 1855 et 21 juin 1865, art. 11 combinées). *Code form. des élections*, par Bost, 3e édit., p. 124.

Digitized by Google

8. Approbation des délibérations réglementaires prises en vertu de l'article 1-1° de la loi du 24 juillet 1867, lorsqu'il y a désaccord entre le maire et le conseil municipal (loi du 24 juillet 1867, art. 1-1°). (Controversée.)

9. Approbation des délibérations des conseils municipaux ayant pour objet : 1° le partage des propriétés communales indivises; 2° les acquisitions d'immeubles dépassant *le dixième* des revenus de la commune; 3° les ventes et échanges de propriétés communales quelle qu'en soit la valeur (excepté les aliénations de bois communaux soumis au régime forestier, qui sont autorisées par le ministre des finances après avis de la section des finances du Conseil d'État); 4° mainlevée des oppositions et consentir les radiations, changements et limitations d'inscriptions hypothécaires requises au profit des communes (loi du 18 juillet 1837, art. 46; D. du 25 mars 1852; loi du 24 juillet 1867, art. 1, 6, 17; circ. min. int. des 5 mai et 9 juin 1852; 1° tribunal des conflits, 1850, 2 mai (Échillais), p. 416, art. 2; 2° loi du 24 juillet 1867, art. 1-1°, 6, 17; 3° D. du 25 mars 1852, tabl. A, n°s 55 et 67; *enquête obligatoire pour les aliénations seulement*, circ. min. int. 20 août 1825; circ. min. int. 1854, p. 23, bois communaux; D. du 10 août 1861, art. 10; circ. min. int. 8 déc. 1852[1]; 4° D. du 11 thermidor an XII; ord. du 15 juillet 1840; l'avis du comité consultatif n'est pas *obligatoire*, Bull. min. int. 1866, p. 322).

[1] Pour les transactions l'arrêté n'est pas pris en conseil de préfecture (arr. gouvern. du 21 frim. an XII; loi du 18 juillet 1837, art. 19-10°, 59; D. du 25 mars 1852; circ. min. int. 5 mars 1852, p. 231-262, et 9 juin 1852, p. 421; Code Nap., art. 2044 et 2045; Algérie, ord. du 15 avril 1845; rapp. et D. du 27 oct. 1858); mais l'*avis* ÉCRIT *du conseil est obligatoire* (Cons. d'État 1862, 16 août (*Recueil*, p. 649). Voy. circ. min. int. mai 1852; avis de trois jurisconsultes (avocats), avant la délibération du conseil municipal à peine de *nullité* (Cons. d'État, 1860, 2 févr. (Robineau), p. 73, 12 juillet (Guillemin), p. 532). Ils ont droit à des honoraires (Bull. min. int. 1857, p. 167, 216). L'arr. gouvern. du 21 frim. an XII est applicable aux transactions entre communes et *sections* (Cons. d'État 1860, 2 févr. (Robineau), p. 73), applicable même lorsque les transactions sont arrêtées dans les instances pendantes devant les conseils de préfecture (Cons. d'État 1863, 12 févr. (Grelleau), p. 107). — Les commissions syndicales des communes *possédant des biens par indivis* peuvent ester en justice, mais les conseils municipaux des diverses communes intéressées *peuvent* SEULS *transiger* (Bull. minist. int. 1856, p. 70). Les transactions en matière de legs sont autorisées par *décret* (Bull. min. int. 1863, p. 91, 170)

Digitized by Google

10. Inscriptions d'office au budget communal d'une dépense obligatoire (loi du 18 juillet 1837, art. 30, 39, 46, 72; D. du 21 mai 1862, art. 497; loi du 24 juillet 1867, art. 2).

11. Ordonnancement d'office d'une dépense communale régulièrement autorisée et liquidée (loi du 18 juillet 1837, art. 61; D. du 31 mai 1862, art. 505). Il y aurait excès de pouvoir si le mandatement d'office portait sur une dépense obligatoire non autorisée (loi du 18 juillet 1837, art. 39; Cons. d'État, 1859; 24 févr. (Chaumusse), p. 147, 1867, 7 févr., p. 152).

12. Répartition des impôts directs de répartition entre les communes d'un arrondissement dans le cas où le conseil d'arrondissement ne se conforme pas aux résolutions prises par le conseil général sur les réclamations des communes, en réduction du contingent, et sur les réclamations relatives au contingent *total* de l'arrondissement (loi de mai 1838, art. 16; D. du 25 mars 1852).

13. Règlement dans le cas où il n'est pas dérogé au tarif municipal des remises allouées aux percepteurs receveurs des associations syndicales (D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-12°; D. du 13 avril 1861; circ. min. fin. 1er mai 1861, au Bull. min. int. 1861, p. 316).

14. Détermination des terrains à céder pour cause d'utilité publique *dans un intérêt purement communal* et notamment pour l'*ouverture* et le *redressement* des chemins vicinaux, ainsi que la fixation de l'époque de prise de possession (loi du 3 mai 1841, art. 12. Voir de plus, pour les *chemins vicinaux* les lois du 21 mai 1836 et 8 juin 1864; avis des sections de l'intérieur et des travaux publics du Conseil d'État du 12 décembre 1868; Instruction générale des chemins vicinaux du 1er janvier 1871, art. 18; pour le *drainage* la loi du 10 juin 1854; pour les associations syndicales, la du loi 21 juin 1865)[1].

15. Approbation des délibérations autorisant les maires ou administrateurs d'établissements publics à concéder des biens pour cause d'utilité publique (loi du 23 mai 1841,

[1] L'arrêté préfectoral est par exception pris en conseil de préfecture dans ces cas spéciaux. — En principe un arrêté simple suffit (loi du 3 mai 1841, art. 11).

Pour les occupations *temporaires* de terrrains, l'arrêté préfectoral *ne doit pas* non plus être pris en conseil de préfecture. (V. décret du 8 février 1868.)

Digitized by Google

art. 13; loi du 18 juillet 1873, art. 46. Voy. circ. min. int. 4 août 1866). Par exception, lesdites opérations faites par des fabriques d'églises sont autorisées par décret (circ. min. inst. publ. et cultes du 10 avril 1852; Bull. min. int. 1852, p. 115).

Travaux publics et voirie.

16. Adjudication des travaux des ponts et chaussées et de divers autres services du gouvernement (ord. 10 mai 1829, art. 11, 12; ord. du 4 déc. 1836; D. de l'Assemblée nationale du 15 juillet 1848 et D. du 18 août suivant sur les associations d'ouvriers; spécialement travaux des édifices diocésains (inst. min. et conditions générales du 21 déc. 1857 appliquant l'ord. du 10 mai 1829. Voy. D. du 20 déc. 1809 ch. 5).

17. Adjudication des travaux départementaux (ord. des 10 mai 1829, 4 déc. 1836; circ. min. int. du 5 mai 1852, art. 10; Cons. d'État, 1er sept. 1841; préfet de Seine-et-Oise, p. 479)[1].

Le préfet a qualité pour approuver toute adjudication intéressant l'État et le département, sauf les cas de réclamations et de clauses extra-conditionnelles[2] (D. des 25 mars 1852, 13 avril 1861, tabl. D (13) 24 février 1861. Voy. circ. min. int. du 5 mai 1852; circ. min. trav. publ. du 5 août 1861 (au Bull.); circ. min. int. 1861, p. 273).

18. Adjudication des travaux des chemins vicinaux (spécialement des chemins vicinaux de grande communication à

[1] *Le mode d'exécution* des travaux est réglé par le conseil général (loi du 18 juillet 1866, art. 1er, § 10, et loi du 10 août 1871, art. 46, § 7).

[2] La loi du 10 août 1871 a enlevé au préfet en conseil de préfecture, pour la donner à la *commission départementale, l'approbation de l'abonnement* consenti par les industriels *pour la dégravation extraordinaire des chemins vicinaux* (loi du 10 août 1871, art. 86; règlement général des chemins vicinaux, art. 137; circ. min. int. 23 sept. 1871, p. 512); la compétence antérieure appartenant au préfet, était réglée par la loi du 21 mai 1836, art, 14 et le D. 25 mars 1852 (instruction générale des chemins vicinaux du 1er janvier 1871, art. 115). D'autre part, le conseil général fixant la largeur des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun (loi du 10 août 1871, art. 44), et la commission départementale la largeur des chemins vicinaux ordinaires, *sauf appel au conseil général dans sa plus prochaine séance* (loi 10 août 1871, art. 86 et 88), *le préfet n'a plus à fixer le maximum de largeur des chemins vicinaux.*

Digitized by Google

exécuter sur plusieurs arrondissements) (loi du 21 mai 1836, art. 21; règlement préfectoral de l'Eure du 27 septembre 1854 (206). L'approbation en conseil de préfecture n'est pas rendue obligatoire par la loi du 10 août 1871 (circ. min. int. des 23 sept. 1871 et 10 janv. 1872; instruction des chemins vicinaux, art. 161).

19. Adjudication de la mise en ferme des *bacs* (D. 25 mars 1852, art. 3; tabl. C., art. 11; 13 avril 1861, art. 3).

20. Cession de terrains *domaniaux* compris dans le tracé des routes nationales et chemins vicinaux [1] (D. du 25 mars 1852, tabl. C.-5°; loi du 16 sept. 1807, art. 52, 53; 20 mai 1836, 24 mai 1842, 3 mai 1841, art. 60, 61; inst. dom. du 27 mai 1852, n° 1922).— Même compétence pour les terrains délaissés des cours d'eaux (déc. min. fin. du 2 octobre 1844).

21. Cession du sol des routes nationales déclassées et échange par voie de compensation de prix entre les propriétaires et l'administration des portions de terrain dépendantes d'anciennes routes et devenues inutiles par suite de changement de tracé ou d'ouverture de routes contre des terrains nécessaires à l'établissement ou l'élargissement de routes (loi du 20 mai 1836, art. 4; D. du 25 mars 1852; tabl. C.-5° et 6°; loi du 28 juillet 1824, art. 10).— Même compétence pour les terrains dépendant de canaux et rivières navigables et devenus inutiles au service public (circ. du dir. gén. des ponts et chaussées du 20 sept. 1837, au Bull. min. int. 1837, p. 358); cette attribution n'est plus applicable aux routes départementales; la compétence est passée au conseil général (lois des 18 juillet 1866, art. 1-1°, et 10 août 1871, art. 46-1°; Cons. d'État, 1852, 5 février (Bouvette), p. 94; 1853, 27 janvier (Lecoq), p. 173).

22. Approbation des délibérations municipales ayant pour objet :

1° Les acquisitions [2], ventes et échanges de chemin ou la

[1] Pour les routes départementales la compétence est passée au conseil général (loi du 18 juillet 1866, art. 1-1°, et loi du 10 août 1871, art. 46. — Pour les chemins vicinaux le conseil municipal est seul compétent dans les limites de l'aricle 1-1° de la loi du 24 juillet 1867, lorsque le maire n'est pas en désaccord avec le conseil.

[3] Sous toute réserve de l'art. 1-1° de la loi du 24 juillet 1867 lorsque le maire n'est pas en désaccord avec le conseil municipal.

Digitized by Google

concession de chemins supprimés (loi 28 juillet 1824[1], 20 mai 1836, 21 mai 1836, art. 19; D. 25 mars 1852, tabl. C.-5°; circ. min. int. 26 mars 1838, 24 juillet 1867; instr. générale des chemins vicinaux du 1er janvier 1871, art. 24 et 38).

2° Le *règlement amiable* de la valeur d'un terrain volontairement cédé avant expropriation pour l'ouverture ou le redressement de chemins vicinaux (lettre min. int. 14 mars 1839, au Bull. min. int. 1839, p. 76; (inst. min. int. 24 juin 1836, même Bull. 1836, p. 116[2]).

Cadastre.

23. Exécutoire du rôle cadastral (loi du 22 brum. an VI. Voy. Dufour, *Droit adm.*, 4e édit., t. IV, n° 31)[2].

Domaine de l'État. — Forêts.

24. Décision sur la location amiable, après estimation contradictoire de la valeur locative des biens de l'État, lorsque le prix annuel n'excède pas 500 francs (D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-2°; inst. dom. 27 mai 1852).

25. Concessions de servitudes à titre de tolérance temporaire et révocable à volonté dans les propriétés domaniales et forestières (D. du 25 mars 1852, art. 3; tabl. C, art. 3; loi de fin. du 18 juillet 1845. Voy. circ. dir. gén. des forêts du 29 déc. 1866, au Bull. min. int. 1867, p. 214).

26. Concession de terrains domaniaux usurpés sur les rives

[1] La cession ou l'échange faits en exécution d'un plan d'alignement *ont lieu de plein droit* et sont par suite dispensés de l'autorisation du préfet en conseil de préfecture (circ. min. int. 2 déc. 1848, 23 janv. 1836 et 5 mai 1852, Dalloz, *Voirie par terre*, n° 2170; instruction générale des chemins vicinaux du 1er janvier 1871).

[2] La loi du 10 août 1871, art. 87, a enlevé au préfet pour donner à la commission départementale :

1° L'approbation du tarif des évaluations cadastrales et décisions sur les réclamations formées contre ce tarif. La compétence était donnée au préfet en conseil de préfecture par la loi de finances du 15 septembre 1807, art. 26; règl. gén. du cadastre du 15 mars 1827;

2° La décision sur les réclamations formées contre l'allivrement cadastral. La compétence appartenait au préfet en conseil de préfecture (loi de finances du 15 septembre 1807, art. 33).

Digitized by Google

des forêts domaniales ou sur toute autre partie du domaine de l'État étrangère au sol forestier lorsque le prix n'excède pas 2,000 francs (lois des 20 mars 1836, art. 1, 2, et 10 juin 1847; D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-4°).

27. Liquidation des dépenses dans les affaires domaniales et forestières lorsque les sommes liquidées ne dépassent pas 2,000 francs (D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-7°).

28. Autorisation d'établir des fours à chaux et à plâtre temporaires ou permanents; des briqueteries et tuileries dans l'intérieur et à moins d'un kilomètre des forêts (Code for., art. 151; ord. du 1er août 1827, art. 177; D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-8°).

29. Autorisation de construire des maisons ou fermes à une distance moindre de 500 mètres des bois et forêts soumis au régime forestier (Code for., art. 153; ord. du 1er août 1827, art. 177; D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-8°).

30. Autorisation d'établir dans les maisons ou fermes indiquées à l'article 153 du Code forestier des ateliers à façonner le bois, des chantiers ou magasins pour faire le commerce du bois (Code for., art. 154; ord. du 1er août 1827, art. 177; D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-8°).

31. Autorisation d'établir des maisons sur perches, des logis, baraques ou hangars dans l'enceinte et à moins d'un kilomètre des bois et forêts soumis au régime forestier (Code for., art. 152; ord. du 1er août 1827, art. 177; D. du 25 mars 1852, art. 3; tabl. C.-8°).

32. Autorisation d'établir des usines à scier le bois dans l'enceinte et à moins de 2 kilomètres de distance des bois el forêts (Code forest., art. 155; ord. du 1er août 1827, art. 177; D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-8°).

33. Vente sur les lieux des produits façonnés provenant des bois des communes et des établissements publics, quelle que soit la valeur de ces produits (ord. des 24 août 1840, 2 févr. 1844; D. du 25 mars 1852, art. 3; tabl. C.-9°).

34. Substitution des travaux de gazonnement aux travaux de reboisement des montagnes (loi du 8 juin 1864, art. 2).

35. Travaux à exécuter dans les forêts communales et des établissements publics pour la recherche et la conduite des eaux, la construction des récipients et autres ouvrages ana-

Digitized by Google

logues, *lorsque les travaux ont un but d'utilité communale* (D. du 25 mars 1852, art. 3, tabl. C.-10°)[1].

36. Prorogation de délai pour la suppression du droit de vaine pâture en Corse (loi du 22 juin 1854, art. 3).

Établissements religieux.

37. Approbation des délibérations des conseils de fabriques d'églises et autres établissements religieux autorisant les trésoriers à donner mainlevée et consentir la radiation d'autorisations hypothécaires requises au profit des fabriques (déc. min. inst. publ. et cultes, 1858, fondée sur l'art. 2 de l'ord. des 14 janv. 1831, 6 sept. 1834, au Bull. min. int. 1856, p. 121)[2].

Administration charitable et hospitalière.

Établissements de bienfaisances.

38. Approbation des délibérations des commissions administratives des établissements de bienfaisances relatives aux acquisitions, ventes et échanges de biens de toute nature quelle qu'en soit la valeur (*hospices*, loi d'août 1851 ; *bureaux de bienfaisance*, ord. du 6 juillet 1846 ; *monts-de-piété*, loi du 24 juin 1851 ; *asiles d'aliénés*, ord. du 18 déc. 1839. Voy. D. du 25 mars 1852 ; circ. min. int. 5 mai et 9 juin 1852)[3].

39. Homologation des transactions des établissements de bienfaisance sur toutes sortes de biens, quelle qu'en soit la valeur (ord. gouv. 7 messidor an IX, art. 11, 15 ; *hospices*, 7 août 1851, art. 10 ; *bureaux de bienfaisance*, 6 juillet 1846 ; *monts-de-piété*, loi du 24 juin 1851 ; *asiles d'aliénés*, ord. du 18 déc. 1839). La législation suivie pour les communes est

[1] En principe, les travaux exécutés dans les forêts domaniales ne sont pas des *travaux publics* (Cons. d'État, 1850, 21 déc. (Gadoin), p. 919).

[2] En ce qui concerne les *transactions*, la décentralisation n'a pas eu lieu. *C'est toujours l'administration centrale qui statue* (D. min. inst. publ. du 10 mars 1858, fondée sur l'art. 2045 du Code Nap. et sur l'art. 2 de l'ord. du 14 janv. 1831).

[3] Lorsqu'il s'agit *d'objets mobiliers des bureaux de bienfaisance* le sous-préfet statue (D. 13 avril 1861 ; circ. min. int. 18 mai 1861). Par exception, *les aliénations de bois* sont autorisées par décret (D. 10 août 1861, art. 10 ; circ. min. int. 8 déc. 1852).

Digitized by Google

applicable aux bureaux de bienfaisance, mêmes formalités (loi du 18 juillet 1835, art. 21-5°, 59; arr gouv. du 21 frimaire an XII; instr. min. int. 8 févr. 1823, tit. 3, ch. 7; circ. min. int. 5 mai 1852, p. 231-262, et 9 juin 1852, p. 421; C. Nap., art. 2044-2045).

Enfants assistés.

40. Approbation du compte de tutelle des enfants assistés (D. min. int. 10 mai 1824; règl. gén. des enfants assistés du 28 janvier 1863, art. 10). — La loi du 10 août 1871 n'a rien innové en ce qui concerne ce service.

Administration pénitentiaire.

41. Apurement des comptes des greffiers de maisons centrales, de détention, de déportation et de bannissement (ord. 2 avril 1817, art. 15; loi de finances 19 janvier 1845; instr. min. int. 26 déc. 1831; règl. min. int. 4 août 1864; instr. min. int. 4 oct. 1866).

Contributions indirectes.

Tabacs.

1° Tabacs destinés aux manufactures de l'État.

42. Fixation du mode suivant lequel les fournitures seront faites soit par voie d'adjudication, soit par soumissions ou traités passés avec les planteurs, soit conformément aux usages adoptés les années précédentes (loi du 28 avril 1816, art. 187-191; 12 février 1835, art. 2 et 3)[1].

43. Détermination du mode de surveillance, de contrôle, de classification, d'expertise et de livraison de la récolte par

[1] Depuis la loi du 12 février 1835, le ministre des finances et non le préfet en conseil de préfecture détermine *annuellement :* 1° le nombre d'hectares de terre qui peuvent être plantés par département (art. 3); 2° les prix par arrondissement auxquels les tabacs de chaque qualité seront payés aux planteurs (art. 4). Le ministre désigne aussi chaque année et par département à la place du directeur général la quantité de tabac qui doit être fournie à l'État (art. 3).

Digitized by Google

arrêté préfectoral portant *règlement de culture* (loi du 28 avril 1816, art. 188, et loi du 12 février 1835, art. 2 et 3)[1].

2° Tabacs destinés à l'exportation.

44. Détermination des charges imposées aux cultivateurs pour l'exportation, et du mode de vérification et de contrôle par arrêté préfectoral portant *règlement de culture* (loi du 28 avril 1816, art. 203, et loi du 12 février 1835).

45. Fixation du mode de livraison des tabacs destinés à la régie et du mode de surveillance à exercer sur les tabacs restant à exporter, lorsque les planteurs pour l'exportation cultivent en même temps pour l'approvisionnement des manufactures de l'État (loi du 28 avril 1816, art. 204).

Poudres.

46. Approbation des transactions ayant pour objet des contraventions en matière de poudres à feu lorsque la valeur des amendes et confiscation ne s'élève pas au delà de 1,000 fr. (D. du 25 mars 1812, art. 3; tabl. C.-1°; circ. du direct. gén. des dom. et des contr. indir. du 29 mai 1852).

ALGÉRIE.

Cas divers dans lesquels le préfet doit statuer en conseil de préfecture en Algérie (D. du 27 oct. 1858, art. 11. Voy. ord. du 15 avril 1845; rapp. et D. des 30 déc. 1856 et 27 oct. 1858).

[1] Les *permissions de culture* délivrées par le préfet en conseil de préfecture jusqu'à la loi du 12 février 1835 sont données maintenant par une commission de cinq membres sous la présidence du préfet ou de son délégué, assisté du directeur des contributions indirectes, d'un agent supérieur du service de culture, d'un membre du conseil général et d'un membre du conseil d'arrondissement, résidant tous deux dans l'arrondissement et non planteurs. Les sous-inspecteurs du service du contrôle font partie de la commission (loi du 12 févr. 1835, art. 3; circ. min. des finances, n° 487, 16 juin 1851).

Digitized by Google

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PRISONS.

OUVERTURE, DURÉE ET CLOTURE DES TRAVAUX DE SA PREMIÈRE SESSION DE 1877.

Compte rendu par M. Bujon.

Le Conseil supérieur des prisons, dont les deux sessions annuelles ont lieu en janvier et juillet, a ouvert sa première session de 1877 le 15 janvier, sous la présidence de M. Jules Simon, ministre de l'intérieur, président du Conseil des ministres.

Cette session a eu un grand retentissement dans la presse française et même dans la presse étrangère. Les journaux les plus accrédités en ont publié des comptes rendus assez étendus, mais qui étaient relatifs à quelques-unes des séances du Conseil, et dont aucun ne résumait l'ensemble de ses travaux. C'est cette lacune qu'il s'agit de remplir.

On sait que le Conseil a été constitué pour veiller, d'accord avec M. le ministre de l'intérieur, à l'exécution de la loi du 5 juin 1875, relative à l'emprisonnement individuel, applicable aux prévenus et accusés et aux petits délinquants détenus dans les prisons départementales. Il est composé des anciens membres de l'Assemblée nationale qui ont fait partie de la commission d'enquête sur le régime des établissements pénitentiaires ; de seize membres de droit pris parmi les hauts dignitaires des divers cultes et les grands fonctionnaires de l'État, et de douze membres choisis par le ministre de l'intérieur parmi les hommes qui se sont notoirement occupés de questions pénitentiaires.

M. le ministre a ouvert la séance par une allocution, dans laquelle « au nom du pays, il a remercié le Conseil pour tout « le bien qu'il fait et pour le zèle avec lequel il accomplit « la délicate mission qui lui a été confiée ».

Après le discours de M. le ministre, le Conseil a entendu la lecture du rapport de sa commission d'études, relatif aux diverses questions dont il se trouve saisi dans cette session.

Ces questions étaient au nombre de trois :

La première concernait la répression des crimes commis par des détenus dans le but de se soustraire à la discipline

Digitized by Google

de la prison et de se faire condamner aux travaux forcés, dont le régime leur paraît préférable à celui de la maison centrale.

Une décision ministérielle du 8 juin 1842 avait déclaré, à l'effet de prévenir et réprimer ces crimes, qu'en pareil cas les condamnations aux travaux forcés seraient subies dans les maisons centrales. L'insuffisance de l'efficacité répressive de cette décision détermina, en 1853, une décision nouvelle qui y ajoutait le régime de la cellule.

La légalité de la première décision avait pu être admise jusqu'à la loi de 1854, qui ordonnait que la peine des travaux forcés fût exécutée dans des colonies pénales; mais la seconde décision était frappée d'illégalité dès son origine. Le ministère de l'intérieur renonça donc en 1873 à l'application de ce système, dont l'abandon fut suivi d'une effrayante recrudescence des crimes qu'il était appelé à réprimer. La nécessité de chercher un moyen légal de répression de ces crimes s'imposait ainsi aux délibérations du Conseil, comme l'une des questions dont la gravité réclamait une urgente solution.

La seconde question était relative au travail des détenus et à la concurrence que ce travail pouvait faire à l'industrie libre.

Enfin la troisième question se rattachait au crédit à inscrire au budget de 1878, pour donner des subventions aux départements qui se montreraient prêts à transformer leurs prisons suivant le système adopté par la loi du 5 juin 1875. M. le sénateur Bérenger, vice-président élu du Conseil, a insisté pour que ce crédit fût augmenté et porté au chiffre de un million. Ce qui, a-t-il dit, prouve la nécessité d'augmenter ce crédit, c'est l'intention que manifestent plusieurs départements d'entrer dans la voie de la réforme tracée par la loi de 1875. M. Choppin, directeur de l'administration pénitentiaire, communiqua, en effet, une note dans laquelle se trouvaient indiquées les transformations que plusieurs départements demandaient à faire subir à leurs prisons, afin de les approprier au système cellulaire, dont la durée est limitée à neuf mois par la loi de 1875; car ce système n'est pas applicable aux condamnés à long terme.

Cette séance d'ouverture fut suivie le 19 janvier de la pré-

Digitized by Google

sentation du Conseil supérieur par M. le ministre de l'intérieur à M. le Président de la République, auquel M. le vice-président du Conseil René Bérenger adressa un remarquable discours[1] dont il importe de relater les principaux passages qui se rattachent à l'état des prisons et à la nature des travaux du Conseil.

M. Bérenger déclare que le régime pénitentiaire nouveau, introduit par la loi du 5 juin 1875, n'a été inspiré ni conçu par l'esprit de système, mais sur l'observation des faits et l'exemple des législations voisines, puis il s'exprime ainsi : « C'est un fait aussi douloureux qu'incontestable, « que depuis cinquante ans le nombre des délits va crois- « sant d'année en année et que, par une conséquence na- « turelle, le budget des prisons suit la même déplorable « progression. On ne comptait en 1825 que 65,000 individus « poursuivis pour crimes et délits ; nos dernières statistiques « en accusent près de 150,000. La dépense annuelle des pri- « sons s'est tenue pendant longtemps au-dessous de 15 mil- « lions ; elle approche aujourd'hui de 30 millions. Ces deux « chiffres montrent à quel point le danger était pressant. » Parmi les causes qui, outre l'influence du régime des prisons, concourent à cet effrayant accroissement de la criminalité, M. Bérenger signale le développement des intérêts, l'affaiblissement des croyances religieuses, le contre-coup de nos révolutions politiques et, dans un autre ordre d'idées, l'extension des moyens d'investigation dont dispose aujourd'hui la justice.

Après avoir tracé le saisissant tableau des dangers de la promiscuité auxquels les prévenus et accusés et les petits délinquants sont exposés dans les maisons départementales d'arrêt, de justice et de correction, M. Bérenger indique l'emprisonnement individuel comme étant le moyen le plus propre à combattre cette contagion.

« L'Assemblée nationale, dit-il, saisie de cette importante « question par l'initiative d'un de nos plus distingués col- « lègues, M. le vicomte d'Haussonville, n'a pas hésité à le « reconnaître. Elle a évité toutefois de se laisser entraîner « aux généralisations peut-être excessives qui, à une autre

[1] Voir le *Journal officiel* du 24 janvier 1877.

Digitized by Google

« époque, ont fait sombrer le système cellulaire, et s'est « bornée à ce qui avait de tout temps rallié l'approbation des « adversaires eux-mêmes de ce régime. L'honorable M. Ch. « Lucas, l'éminent doyen de la science pénitentiaire, dont « le nom rappelle de si importants travaux, de si considé- « rables services rendus à l'humanité, et que nous avons le « bonheur de voir, malgré les infirmités de son grand âge, « au milieu de nous, peut en témoigner. Ennemi convaincu « de la cellule appliquée à toute peine comme unique « système de répression, il se trouve d'accord avec nous « pour défendre l'isolement dans la sage mesure de la loi « nouvelle. Elle ne s'applique, comme on sait, qu'aux pré- « venus et accusés et aux condamnés à moins d'une année « d'emprisonnement, et encore pour ces derniers, la peine « se trouve-t-elle réduite de droit d'un quart, si sa durée « doit dépasser trois mois.

« Quelle objection sérieuse pourrait-on faire?

« Pour ce qui concerne les prévenus et accusés, est-il « tolérable qu'un honnête homme, qu'une erreur de police « peut jeter quelques jours en prison, soit exposé à s'y trouver « confondu avec les voleurs, les repris de justice, les escrocs « qui peuplent nos maisons d'arrêt, et à se voir reconnu plus « tard et exploité peut-être par quelqu'un d'entre eux? »

M. Bérenger ajoute que, quant aux condamnés, les détenir pour un temps qui ne doit pas excéder neuf mois ne saurait paraître excessif. A ceux qui craignent que l'emprisonnement individuel limité aux prisons départementales ne reçoive une application trop restreinte, il répond que les documents statistiques peuvent rassurer à cet égard ; car même réduit à ces termes, il embrassera près des neuf dixièmes du chiffre total des détenus.

Sans méconnaître que cette réforme entraînera une dépense considérable, il fait remarquer qu'elle a été exagérée, que sa répartition entre le département et l'État en soulagera le poids pour chacun, et que la charge portera sur un grand nombre d'années. Cette dépense, d'ailleurs, intéresse au plus haut degré la sécurité publique et la moralité du pays.

M. Bérenger termine ainsi : « Si je me suis permis, « monsieur le Président, de vous exposer avec quelque déve- « loppement le but et les conséquences de la loi de juin 1875,

Digitized by Google

« c'est que le Conseil supérieur des prisons attacherait en « outre un grand prix à rencontrer dans la poursuite de sa « tâche la bienveillance et le concours du chef respecté du « pouvoir exécutif. »

Après la réponse de M. le Président de la République, dans laquelle il témoigna au Conseil combien il savait apprécier l'utilité de son institution et l'importance pour le pays de la réforme pénitentiaire, le Conseil a repris le cours des travaux de sa session, qui s'est prolongée du 15 janvier au 6 février, et dont les séances ont été successivement consacrées à l'examen des trois questions précitées qui devaient faire l'objet de ses délibérations.

Sur la première question, relative à la répression des crimes commis dans les maisons centrales, M. Desportes avait présenté au nom de la commission d'études un rapport fort instructif qui exposait très-bien l'état de la question à tous ses points de vue, sauf toutefois au point de vue historique, parce que la commission n'avait pas eu sous la main les éléments nécessaires à cet égard. C'était une lacune qu'il importait de remplir : on se demandait naturellement d'où provenait l'apparition subite en 1842 de ces crimes qui ne s'étaient pas produits antérieurement. Du moment où M. Ch. Lucas, si bien initié par ses travaux scientifiques et ses services administratifs à l'histoire des prisons en France dans les cinquante dernières années, était présent à la séance, il se trouvait naturellement appelé à donner les renseignements que désirait le Conseil. Aussi prenant alors la parole, et remontant jusqu'à 1827 dans les souvenirs de sa monographie pénitentiaire, il fit de ce qui se rattachait à cette question un exposé historique que nous allons essayer de résumer.

Il rappelle que dès 1827 dans ses pétitions adressées aux Chambres et imprimées en tête de son ouvrage sur le *système pénitentiaire*, il signalait la propension des condamnés à trouver que le bagne de Toulon, avec son beau ciel, la vie en plein air, l'animation du port et le mouvement des ateliers, où les forçats ne se rencontraient que trop souvent occupés avec des ouvriers libres, était à ce point de vue préférable à l'enceinte du chemin de ronde, dans laquelle s'écoulait la monotone existence du détenu à la maison centrale. Il y avait

Digitized by Google

là un fait grave de nature à compromettre la graduation de l'échelle pénale, et sur lequel il appelait la plus sérieuse attention, en signalant dès cette époque la suppression des bagnes comme l'une des première conditions de la réforme pénitentiaire.

Un fait toutefois atténuait alors la gravité de cette propension des condamnés à préférer le bagne à la maison centrale, c'était l'aversion qu'inspirait le système de la chaîne aux condamnés aux travaux forcés, qui avaient à le subir, en traversant la France pour se rendre aux trois bagnes de Toulon, Brest et Rochefort.

Ce système de la chaîne était une aggravation fort redoutée même des condamnés les plus pervers qui portaient les chevrons de la récidive et étaient appelés dans l'argot du temps *les chevaux de retour*. Quant à ceux condamnés aux travaux forcés pour un premier crime déterminé par la fougue des passions, telles que la vengeance, la jalousie, etc., le système de la chaîne était pour eux une torture morale qui venait s'ajouter à la torture physique.

Chaque voyage de la chaîne était un événement dont s'emparait la presse pour en signaler les incidents, et citer tantôt le cynisme avec lequel les forçats les plus déhontés bravaient le mépris public, tantôt le désespoir de ceux qu'un premier crime n'avait pas encore endurcis et qui souvent, par quelques circonstances tragiques de leur condamnation ou par leurs antécédents de famille, appelaient sur eux une indiscrète curiosité.

La suppression de la chaîne était depuis longtemps réclamée par l'opinion, au nom de l'humanité et de la morale publique, lorsque M. Ch. Lucas proposa, en 1836, de la remplacer par le transport en voiture cellulaire dans son rapport à M. le comte de Gasparin, ministre de l'intérieur, qui l'approuva et s'empressa de réaliser cette importante réforme par l'ordonnance royale du 9 décembre 1836. Après l'abolition de la chaîne qui avait honoré son nom, ce ministre réformateur, par son arrêté du 10 mai 1839, vint renforcer le principe de la répression dans les maisons centrales en supprimant la cantine, l'usage du tabac et en introduisant la discipline du silence.

Ainsi donc, tandis que le régime de la maison centrale re-

Digitized by Google

cevait cet accroissement de sévérité disciplinaire, la peine des travaux forcés, au contraire, avait été exonérée, par la suppression de la chaîne, de l'élément le plus redouté de son exécution. Il était évident qu'il devait en résulter, dans les degrés de l'échelle pénale, une grave perturbation qui allait faire descendre la peine des travaux forcés au-dessus de celle de la reclusion, et rendre préférable pour les condamnés le bagne à la maison centrale.

Dans plusieurs rapports successivement adressés à l'administration, M. Lucas signala la gravité de cette situation et indiquait en même temps les moyens d'y remédier. Le premier devait être la suppression des bagnes, qu'il avait réclamée dès 1827, non-seulement comme condition essentielle de la réforme pénitentiaire, mais encore pour préserver les ports maritimes de l'État des dangers de l'incendie, et les ouvriers libres du contact corrupteur des forçats, avec lesquels ils se rencontraient si souvent dans des ateliers en commun. L'urgence de cette suppression s'imposait alors au nom d'un intérêt de plus, celui de la graduation de l'échelle pénale.

Mais comment remplacer les bagnes? M. Lucas écartait le système de la transportation pénale, qu'on ne pouvait songer à adopter en France au moment où il était tombé en Angleterre dans un si grand discrédit. C'est dans un autre ordre d'idées qu'il proposait le remplacement des bagnes. Il rappelait qu'il n'y avait eu aucun plan d'ensemble dans la répartition territoriale des maisons centrales, pour lesquelles on avait utilisé d'anciens édifices et plus particulièrement ceux de couvents et abbayes, çà et là où ils s'étaient rencontrés; qu'il n'y en avait pas eu davantage dans le peu de constructions nouvelles qu'on avait élevées. Le moyen le plus simple d'utiliser ces bâtiments si défectueux, présentant de plus l'inconvénient si grave de l'excès de l'agglomération qui pouvait être atténué par le régime cellulaire de nuit, c'était de les affecter au remplacement des bagnes et d'avoir des maisons centrales pour les hommes condamnés à la peine des travaux forcés, comme il en existait déjà pour les femmes de cette catégorie. Les bâtiments restant disponibles seraient consacrés exclusivement aux condamnés à la reclusion, avec lesquels cesseraient d'être confondus les condamnés correctionnels à plus d'un an. C'est pour ces

Digitized by Google

derniers qu'on aurait enfin un programme et un plan d'ensemble de répartition et de construction de maisons de correction, appropriés à la saine intelligence des conditions territoriales et pénitentiaires.

Le ministère de l'intérieur se montrait assez favorable à l'adoption de ce plan, mais il ne pouvait procéder au remplacement des bagnes, qui étaient dans les attributions du ministère de la marine. C'est alors que M. Lucas, dans l'espérance d'appeler l'opinion publique à influer à cet égard sur le ministère de la marine, publia dans la *Revue de législation*, en 1840[1], les idées qu'il avait exposées dans ses rapports administratifs au ministre de l'intérieur, et les reproduisit la même année avec de nouveaux développements dans une brochure, sous le titre : *Des moyens et des conditions d'une réforme pénitentiaire en France.*

Mais le ministère de la marine ne se laissa pas convaincre, et le maintien des bagnes eut l'inévitable conséquence qu'il devait avoir, celle des crimes que commencèrent à commettre les condamnés par suite de leurs aspirations au régime des bagnes, qu'ils préféraient à celui des maisons centrales. Ainsi s'explique la décision ministérielle du 8 juin 1842, dont le besoin, qui ne s'était pas fait sentir avant 1839, devint si impérieux qu'elle astreignit les auteurs de crimes, commis dans les maisons centrales, à y subir les condamnations qu'ils pourraient encourir. Cette mesure, qui n'avait pas été dépourvue d'efficacité, devint insuffisante devant la nouvelle prime d'encouragement attachée à la peine des travaux forcés par la loi de 1854 sur la transportation pénale, et donna ainsi carrière à l'imagination aventureuse du condamné, et même à son intérêt spéculatif, par l'espérance des concessions de terres auxquelles il pouvait aspirer.

M. Lucas citait la discussion qui eut lieu à cette époque à l'Académie des sciences morales et politiques sur la transportation pénale, et rappelait l'insistance avec laquelle il signalait le danger de lui donner le caractère d'une mesure permanente qui viendrait aggraver encore la perturbation qu'on avait déjà jetée dans notre système pénal. La transportation pénale allait devenir en France ce qu'elle avait été en An-

[1] Voir t. XI, 3e et 4e livraisons 1840.

Digitized by Google

gleterre, un appât à commettre le crime, au lieu d'un châtiment pour le prévenir et le réprimer.

Sans vouloir atténuer la culpabilité des auteurs des crimes commis dans les maisons centrales, M. Lucas concluait qu'on ne pouvait méconnaître que ces crimes n'auraient pas eu lieu et que tant de malheureux gardiens n'auraient pas succombé sous le fer de leurs assassins, si au lieu d'offrir à l'imagination des condamnés l'horizon aventureux de la transportation pénale, on avait, dès 1840, remplacé les bagnes par des maisons centrales soumises à un régime spécial approprié à cette destination. « La question soumise aux délibérations du Conseil n'est pas, dit-il, une de celles qui peuvent se résoudre par la simple introduction d'un article nouveau dans le Code pénal. La réforme pénitentiaire appartient à un nouvel ordre d'idées qui en donnant pour base à la théorie de l'emprisonnement, au double point de vue répressif et pénitentiaire, le principe de la durée, était inconnu du législateur de 1810. Le Code pénal est aujourd'hui un anachronisme : c'est un vieil édifice qui s'écroule de toutes parts : on ne peut plus l'étayer, il faut le reconstruire avec les idées et les besoins du temps. »

M. Lucas n'a jamais contesté, du reste, que le système de la transportation pénale n'eût, à côté de ses inconvénients, des avantages qui lui sont propres ; mais les premiers se rencontrent précisément dans son application aux condamnés, tandis que les seconds peuvent se réaliser dans celle aux libérés.

Quant aux maisons centrales dont les partisans du système cellulaire de jour et de nuit et de celui de nuit seulement avec le travail en commun, font l'objet continuel de leurs controverses, elles devraient être hors de cause, puisqu'aucun de ces deux systèmes n'y rencontre son exécution.

L'illustre président Bérenger, de vénérable mémoire, a donné au régime matériel des maisons centrales, sous le rapport du fonctionnement des services économiques et de l'organisation du travail, des éloges bien mérités. Quant au régime moral, le déplorable accroissement des récidives qu'on lui reproche est un fait incontestable, mais qu'il faut imputer surtout à l'agglomération excessive des condamnés, dont on a fait un si regrettable abus. Dans ces grands caser-

Digitized by Google

nements de malfaiteurs, où ils sont entassés par milliers, la promiscuité qui y fermente ne peut qu'engendrer la récidive; et dans les récriminations si fréquentes qui s'adressent aux maisons centrales, on oublie trop de remonter de l'effet à la cause. Ce ne sont pas les avertissements qui ont manqué à la réforme pénitentiaire en France sur les écueils qu'elle devait éviter et la voie qu'elle devait suivre, et son tort est d'en avoir trop peu tenu compte.

A la suite de cet exposé historique, écouté avec un intérêt soutenu, le Conseil se rangea unanimement à l'avis de son président, que l'importance de la question exigeait une discussion générale, avant de passer à celle des mesures proposées par le rapport de la commission d'études. Cette discussion générale, qui occupa près de deux séances, fut à la fois brillante et solide. Les hautes considérations émises par MM. Mettetal, Choppin, d'Haussonville, Lefèvre-Pontalis et Desportes, aux divers points de vue à la fois de l'ordre légal, pénal et pénitentiaire, élargirent singulièrement l'horizon de la question. M. Babinet, avec l'autorité de son grand savoir comme jurisconsulte, reconnut que la classification du Code pénal relative à l'emprisonnement correctionnel, à la reclusion et aux travaux forcés, ne concordait plus aujourd'hui avec la réforme pénitentiaire, qui devait se baser sur le principe de la durée de la captivité.

Les mesures proposées par la commission d'études pour la répression des crimes commis dans les maisons centrales, habilement soutenues par le rapporteur, M. Desportes, donnèrent lieu à de nombreuses objections et à plusieurs amendements qui furent renvoyés à l'examen de la commission d'études. Le rapport fait par cette commission souleva de nouveaux amendements. On paraissait généralement d'accord à admettre que l'auteur du crime commis dans une maison centrale pour se soustraire au régime de l'établissement, qui aurait été condamné à la peine des travaux forcés, subirait sa condamnation dans la maison centrale. Mais la divergence se produisait sur le mode exceptionnel de l'exécution de cette peine. Quelques membres insistaient sur ce qu'un article contînt expressément l'infliction de deux années d'emprisonnement cellulaire. M. La Caze présenta à cet égard de judicieuses observations, en déclarant qu'il

Digitized by Google

savait qu'au sein de la Chambre des députés, dont il était membre, il y avait une opposition fort accentuée à toute extension de la durée de l'emprisonnement cellulaire au-dessus de neuf mois, et qu'il serait imprudent de lui proposer un article qui dépassât ce maximum. La prescription d'une condamnation à deux ans de cellule fut en conséquence écartée par le vote du Conseil, qui se borna à stipuler qu'un règlement d'administration publique déterminerait le régime disciplinaire auquel le condamné serait exceptionnellement soumis.

Dans les séances suivantes, le Conseil se livra à l'examen de la question relative au travail dans les prisons et à la concurrence qui pourrait en résulter pour le travail libre. De vives réclamations avaient été formulées l'année dernière au sein du Congrès ouvrier, et quelques-unes de ces réclamations avaient été portées à la tribune législative à l'occasion de la discussion du budget. M. Babinet a fait une communication intéressante de différents extraits de documents publiés en 1874 aux États-Unis, qui montrent que les mêmes griefs ont été articulés par les ouvriers de l'autre côté de l'Atlantique, mais que le bon sens américain en avait fait justice. Cette importante question a été soigneusement élucidée à tous ses points de vue dans les observations présentées par MM. Andral, vice-président du Conseil d'État, Bonnier, Choppin, Desportes, Fournier, d'Haussouville, Lefèvre-Pontalis, Ch. Lucas et par Mgr Richard, coadjuteur du cardinal-archevêque de Paris, qui a présenté sur le principe du travail des prisons, envisagé au point de vue du devoir pour l'État comme pour le détenu lui-même, des considérations fort appréciées par le Conseil.

Le meilleur résumé de cette intéressante discussion se trouve dans le remarquable avis du Conseil, inséré dans le *Journal officiel*[1], dont les développements si bien motivés prouvent que loin d'être un mal, ainsi que l'avait prétendu le Congrès ouvrier, le travail dans les prisons est un droit et un devoir que l'État ne saurait méconnaître sans nier le progrès humanitaire et rétrograder dans la marche de la civili-

[1] Voir le numéro du 18 février, qui a donné par erreur à cet avis la date du 6 janvier au lieu de celle du 6 février.

Digitized by Google

sation. L'avis se place successivement aux points de vue de l'amendement des détenus, de la protection des finances de l'État, de la garantie de la sécurité publique et du maintien de la discipline. Il n'oublie pas les désastreuses conséquences que le décret du 24 mars 1848, qui ordonna la suspension du travail dans les prisons, entraîna pour les finances de l'État et pour la discipline de ces établissements. Il cite entre autres la formidable insurrection de Clairvaux dont les récits se trouvent dans les journaux du temps[1].

Enfin, sur la troisième question, le Conseil supérieur a fixé à *un million* le montant des subventions qu'il convient de demander cette année à l'État pour venir en aide aux départements dans les dépenses de reconstruction, de transformation et d'appropriation de leurs prisons.

Sur toutes ces questions, le Conseil put apprécier l'importance de la présence assidue de M. Choppin, directeur de l'administration pénitentiaire, qui vint si souvent éclairer les discussions par d'utiles renseignements.

Les délibérations du Conseil ont été dirigées avec autant d'habileté que d'impartialité par M. le président René Bérenger qui, en les résumant avec précision et lucidité, traçait pour ainsi dire à l'avance la rédaction par laquelle devaient se formuler les avis définitifs.

Le Conseil, dont la seconde session aura lieu avant le Congrès pénitentiaire qui doit se réunir à Stockholm au mois d'août, viendra, par l'importance de ses travaux, heureusement accroître les documents à utiliser par ce Congrès.

P. BUJON.

[1] Voir notamment la *Gazette des tribunaux*, numéros des 21 et 22 août 1848.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4058. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR UNE QUESTION DE DROIT,

A PROPOS DE L'ARRÊT QUI A TERMINÉ L'AFFAIRE VILLEMOT CONTRE CIVAL (COMMISSIONS MIXTES).

Par M. Coulon,
Docteur en droit, conseiller honoraire à la Cour d'appel d'Angers.

Le 29 juillet dernier, Cival fut cité par Villemot devant le tribunal de police correctionnelle de Vesoul : « Attendu, porte la citation, que le journal l'*Avenir de la Haute-Saône*, dans son numéro du..., a publié un article...; que l'imputation qui est faite de s'être associé à des crimes s'applique au requérant...; attendu que les expressions plus haut rappelées constituent une imputation diffamatoire et injurieuse qui tombe sous l'application de la loi, etc. » Puis, l'exploit vise l'article 16 de la loi du 17 mai 1819, et ensuite l'article 19; et enfin demande de dommages-intérêts. Le tribunal de Vesoul s'est donc trouvé, comme l'a dit plus tard M. le conseiller rapporteur en cassation, saisi, par la citation, de deux inculpations : diffamation et outrage envers un fonctionnaire public.

Le tribunal de Vesoul n'a jugé ni l'un ni l'autre de ces deux chefs de demande ou questions, admettant une fin de non-recevoir tirée de ce que Villemot n'était pas directement et personnellement désigné dans l'article du journal incriminé.

La Cour de Besançon, par l'appel de Villemot, a été saisie à son tour de cette double affaire ou question, l'une de diffamation, l'autre d'outrage. Elle a jugé affirmativement la première (diffamation) en ces termes : « Déclare Cival convaincu d'avoir, dans l'article de journal incriminé, publiquement diffamé Villemot, en disant « qu'avoir fait partie des commissions mixtes, c'était s'être associé à des crimes »; le condamne en conséquence à payer au demandeur la somme de 2,000 francs à titre de dommages-intérêts; etc. » (29 nov. 1876.) Jugeant ainsi affirmativement la question de diffamation, la Cour d'appel n'avait plus à s'occuper et elle ne s'est dans le fait nullement occupée de la seconde question, celle d'outrage, qui n'était en effet que subsidiaire et pour le cas

Digitized by Google

où il serait décidé qu'il n'y avait pas diffamation; elle ne l'a jugée ni affirmativement ni négativement, et elle n'a de ce chef prononcé aucune condamnation.

Pourvoi par Cival. C'est-à-dire qu'au moyen de ce pourvoi, l'affaire ainsi jugée en appel, ainsi restreinte à une seule et unique question, celle de la diffamation, est déférée à la Cour de cassation, pour, évidemment, y être examinée et jugée dans les mêmes termes et limites, la Cour de cassation ayant à juger l'arrêt lui-même et lui seul, à rechercher et à dire s'il a décidé à tort ou à raison ce qu'il a décidé, savoir, qu'il y a eu diffamation et que le tort causé par cette diffamation doit se réparer par une indemnité de 2,000 francs, et, par suite, à casser l'arrêt si elle le trouve mal rendu, à le maintenir et confirmer, par rejet du pourvoi, si elle le trouve bien et légalement rendu.

La Cour a jugé : « que l'imputation d'avoir fait partie d'une commission mixte ne constitue pas une diffamation; qu'en jugeant le contraire l'arrêt attaqué a faussement appliqué et par suite violé les articles 13 et 16 de la loi du 17 mai 1819; mais attendu que la qualification de « crime » donnée à un acte de Villemot dans une phrase où il est directement et personnellement désigné, ainsi que le juge du fait l'a décidé souverainement, constitue un outrage dans le sens de l'article 6 de la loi du 25 mars 1822...; attendu que le délit d'outrage envers Villemot, commis par Cival, justifie la condamnation aux dommages-intérêts prononcée contre ce dernier au profit de Villemot par l'arrêt attaqué; qu'aux termes de l'article 411 du Code d'instruction criminelle, l'erreur commise dans la qualification du délit ne peut donner lieu à cassation; rejette le pourvoi. » (3 février 1877 [1].)

Voyons d'abord, ici, quels sont les principes et les lois en matière de cassation.

[1] Dans des observations critiques sur l'arrêt de Besançon, deux mois avant l'arrêt de la Cour de cassation, j'avais soutenu et démontré qu'il n'y avait pas eu diffamation; qu'il y avait eu simple injure ou outrage; que l'arrêt avait mal appliqué et avait violé la loi. De ces observations, je ne reproduis ici que ces quelques mots : « Je ne connais ni Villemot ni Cival; peu m'importe que ce soit l'un ou l'autre qui gagne sa cause. Arrière aussi toute considération politique, tout esprit de parti. L'honneur des principes, la vérité, le droit, la justice, c'est tout ce que j'ai en vue et à cœur.

Digitized by Google

« Les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes demandes en cassation...; il annulera tout jugement qui contiendra une contravention au texte de la loi... Sous aucun prétexte et en aucun cas il ne pourra connaître du fond des affaires. » (Décret des 27 nov.-1er déc. 1790, art. 2 et 3.)

« En matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires; mais, après avoir cassé le jugement qui contiendra une contravention expresse à la loi, il renverra le fond du procès au tribunal qui doit en connaître. » (Constitution du 3 sept. 1791, art. 20.) — « Les arrêts de cassation sont envoyés officiellement aux Cours et tribunaux dont les décisions ont été cassées, et ils doivent être transcrits sur les registres de ces Cours et tribunaux. » (Art. 22 de la loi du 27 nov. 1790; art. 85 de la loi 27 ventôse an VIII.)

De la loi ainsi posée, il résulte bien clairement : 1° que la Cour de cassation doit annuler et casser tout jugement ou arrêt qu'elle trouve et déclare contraire à la loi; 2° qu'elle ne peut jamais, en aucun cas et sous aucun prétexte, juger elle-même les affaires, le fond des affaires. Elle ne peut surtout juger les affaires que n'aurait pas encore jugées un tribunal ou une Cour d'appel, car autrement elle se ferait tout à la fois tribunal de première instance, Cour d'appel et Cour de cassation, elle jugerait définitivement et irrévocablement, sans recours ni réformation possible, privant ainsi les parties de la ressource tutélaire, du gage d'exacte et bonne justice que leur offre et assure la loi en leur permettant successivement l'appel et le pourvoi en cassation. Quant aux affaires ou questions déjà jugées en première instance et en appel, la Cour de cassation n'a pas davantage le droit de les juger directement et elle-même de telle manière que sa décision devienne pour les parties un véritable jugement, un titre judiciaire et exécutoire. Son rôle et sa mission se bornent à contrôler l'arrêt ou le jugement qui lui est déféré, à l'apprécier, à voir s'il est conforme ou contraire à la loi; à le confirmer dans le premier cas par voie de rejet, à l'annuler dans le second par une cassation, après quoi elle doit renvoyer le jugement de l'affaire à un autre tribunal ou à une autre Cour qui devra statuer. Or, ce contrôle, cette appréciation,

Digitized by Google

elle ne peut pas dire qu'elle l'exerce en jugeant, sous prétexte d'erreur de qualification et par forme de substitution d'une chose à une autre, crime ou délit, ou autre cause quelconque d'obligation ou de condamnation, etc., en jugeant, dis-je, une question nouvelle, non jugée déjà par la Cour ou le tribunal dont la décision est attaquée devant elle, et autre que celle qu'a vraiment et uniquement jugée cette Cour ou ce tribunal, et en jugeant cette question ainsi abordée par elle d'emblée, *ab initio*, *proprio motu*, en la jugeant souverainement et irrévocablement.

De ces lois et de ces principes rapprochons l'arrêt du 3 février. Il nous apparaît tout de suite comme faisant lui-même le contraire de ce que veut la loi. Il valide un jugement illégal qu'elle ordonne à la Cour d'annuler. Il juge une affaire qu'elle lui défend de juger. Il empire la condition des plaideurs en les dépouillant du bénéfice de l'appel et du pourvoi en cassation dont elle entend et veut les faire jouir. L'arrêt de Besançon était bien illégal; la Cour de cassation proclame elle-même qu'il a faussement appliqué la loi, qu'il l'a violée. Pour en venir à le valider par le rejet du pourvoi, elle prend sur elle de traiter et juger une question ou affaire tout autre que celle soumise à son contrôle et à sa juridiction; pour « justifier » la condamnation prononcée par l'arrêt attaqué qu'elle dit elle-même avoir violé la loi, elle substitue au délit de diffamation constaté par cet arrêt et base unique de la condamnation qu'il prononce, un tout autre délit, un délit d'outrage dont l'arrêt attaqué n'a pas dit un seul mot; elle affirme et décide, elle la première et elle seule, que ce délit d'outrage a été commis, et, plus ou moins indirectement, sinon en termes exprès et positifs, du moins implicitement et par voie de conséquence, mais de conséquence réelle et forcée de sa décision; elle applique à ce délit nouveau inventé en quelque sorte par elle, et constaté par elle seule, la condamnation prononcée par la Cour de Besançon pour cause de diffamation et en réparation du tort causé par cet autre délit de diffamation. Quel imbroglio!...

— Mais non, va-t-on me dire; elle n'invente pas ce délit d'outrage; il était déjà et dès le principe relevé par la citation de Villemot à la charge de Cival, et déjà même aussi, il servait de base ou de cause à une demande de dommages-

Digitized by Google

intérêts; puis d'ailleurs il résulte clairement et suffisamment des faits du procès.

— Qui l'a dit, qui l'a jugé, qu'il résulte des faits du procès? Ce n'est pas le tribunal de Vesoul; ce n'est pas la Cour de Besançon; c'est la Cour de cassation; oui c'est la Cour de cassation qui l'a dit et jugé, elle seule, elle la première, *proprio motu*, dirai-je encore, et d'emblée, et *ab initio*. Et ce n'est pas là juger l'affaire, le fond de l'affaire, au mépris de la loi qui le défend!...

Mais enfin, dit-on, les faits étaient là, souverainement constatés par le juge du fait, la Cour de Besançon; la Cour de cassation l'a reconnu et dit elle-même dans son arrêt; et ces faits constituaient manifestement un outrage; elle a donc fort bien pu, dans ces mêmes faits, dont l'existence était juridiquement constatée, voir, ce qui y est réellement, un délit d'outrage, et par suite substituer ce délit à celui de diffamation, par un simple changement de qualification.

Je réponds que le seul et unique fait que la Cour de cassation ait dit avoir été constaté souverainement par le juge du fait, c'est celui de la désignation directe et personnelle de Villemot dans l'article incriminé. Quant au délit d'outrage, rien dans l'arrêt de Besançon. La Cour de Besançon ne décide pas qu'il a été commis; elle ne dit là-dessus ni oui ni non, elle ne s'en occupe point, et dans le fait elle n'avait point à s'en occuper du moment qu'elle jugeait qu'il y avait eu diffamation et qu'elle condamnait Cival en conséquence et comme convaincu de ce délit de diffamation. Cela est si vrai que M. le conseiller rapporteur, à la Cour de cassation, a dit dans son rapport que la condamnation à des dommages-intérêts serait justifiée, « non par le délit de diffamation, relevé à tort par le juge du fait, mais par le délit d'outrage, qu'il aurait dû relever comme l'avait fait la citation qui l'a saisi. » — « Qu'il aurait dû relever »; il ne l'avait donc en effet pas relevé, pas examiné, pas jugé.

Quel fait donc la Cour de Besançon, juge du fait, a-t-elle visé et constaté pour établir le délit de diffamation qu'elle a pris pour base et cause de sa condamnation à 2,000 francs de dommages-intérêts? Le fait d'avoir dit que Villemot avait fait partie des commissions mixtes; car en effet c'est là, et c'est là seulement, qu'est l'imputation contre Villemot d'un

Digitized by Google

fait diffamatoire et non pas dans le fait, par Cival, d'avoir ajouté : « C'est un crime »; — simple appréciation ou qualification personnelle, qui ne pouvait ni constituer ni changer la nature du fait imputé, le rendre diffamatoire s'il ne l'était pas réellement et en lui-même.

Et quel est maintenant le fait qui constituerait le délit d'outrage ? Ce n'est pas ce même fait d'avoir dit que Villemot avait fait partie des commissions mixtes, car il n'y a là aucune « expression outrageante, terme de mépris ou invective » constituant une injure ou un outrage, aux termes de la loi du 17 mai 1819, article 13. Le seul fait constituant l'injure aurait donc été cet autre fait d'avoir dit : « C'est un crime » ou la même chose en d'autre termes. Cela est tellement vrai que la Cour de cassation elle-même n'a vu le délit d'outrage que là, que dans ce propos « c'est un crime » ou dans ce mot « crime » : « attendu, a-t-elle dit, que la qualification de « crime » donnée à un acte de Villemot constitue un outrage »; d'où elle conclut que Cival a commis un délit d'outrage envers Villemot.

Donc alors il n'est pas vrai de dire que c'est à raison et en parlant du même fait que la Cour de cassation a changé la qualification, a substitué un délit à un autre. Or, jamais pareille substitution d'un délit à un autre, d'une qualification à une autre, ne peut s'opérer lorsque, au lieu d'un seul et même fait, reconnu ou constaté, qui soit l'objet ou l'occasion d'un procès, on se trouve en présence de deux faits distincts et différents, dont l'un est constaté, et dont l'autre ne l'est pas.

Après tout, qu'il ait été constaté ou non, comme fait, et quant à son existence matérielle, ce fait d'avoir dit « c'est un crime », il n'a pas été, par la Cour d'appel, apprécié au point de vue du droit; il n'a point, dis-je, été jugé être ou constituer un délit d'outrage. C'est la Cour de cassation, la première et seule qui l'a ainsi juridiquement apprécié, qui a décidé, jugé qu'il constituait un délit d'outrage, et qui l'a puni en maintenant et lui appliquant la condamnation prononcée par la Cour d'appel à raison et pour cause d'un autre fait, d'un autre délit, celui de diffamation. Eh bien ! je répète qu'elle ne pouvait ni ne devait juger ainsi, et je crois l'avoir démontré.

Digitized by Google

Ce serait, paraît-il, me dit-on, la pratique plus ou moins habituelle de la Cour de cassation et des autres Cours et tribunaux, de faire de ces substitutions d'un délit à un autre, d'une qualification à une autre.

Je le conçois et l'admets fort bien de la part des Cours d'appel et des tribunaux de première instance. Ils peuvent et ils doivent juger les affaires, le fond des affaires, comme disent les lois précitées de 1790 et 1791; ils doivent juger à toutes fins, comme on dit encore. Et pour juger ainsi, ils prennent leurs moyens ou raisons de décider partout où ils les trouvent, dans les titres, dans les enquêtes, dans les faits reconnus ou constants du procès, dans les dispositions de la loi, etc., à l'exception seulement des moyens que la loi leur défend de suppléer d'office, tel que le moyen de prescription, par exemple (C. civ., art. 2223). Lors donc que les faits et circonstances du procès se prêtent à un changement de qualification, à une substitution d'une cause de condamnation à une autre, crime ou délit, etc., ou bien d'une cause d'obligation, de libération, d'acquisition, etc., à une autre cause; les juges d'appel ou de première instance peuvent très-bien faire ces changements et substitutions, et il n'y a alors, dans ce mode de procéder, ni abus, ni danger, puisque si le premier juge se trompe et juge mal, il reste aux plaideurs la ressource de l'appel, puis celle du pourvoi en cassation, et la chance par là même, la possibilité d'obtenir en définitive une exacte et bonne justice.

Mais la Cour de cassation! Bien loin d'avoir les mêmes devoirs et pouvoirs que les autres tribunaux, elle ne peut jamais juger le fond des affaires, elle ne le peut en aucun cas et sous aucun prétexte (lois de 1790 et 1791). Et c'est qu'en effet elle est instituée uniquement pour apprécier et juger les décisions des autres juridictions, pour les maintenir ou les annuler suivant qu'elles sont conformes ou contraires à la loi. Or, je le demande, peut-elle dire d'un arrêt qui n'a pas jugé une question, qu'il l'a bien jugée ou qu'il l'a mal jugée, qu'il l'a jugée conformément ou contrairement à la loi? Et si elle juge elle-même cette question, si elle la juge elle la première et pour la première fois, soit directement, soit par forme et sous prétexte de changement de qualification ou autre, ne juge-t-elle pas véritablement l'affaire, le

Digitized by Google

fond de l'affaire? Non-seulement elle la juge, mais de plus elle la juge souverainement, d'une manière définitive et irrévocable; et elle la juge, et elle condamne sans que la partie à qui elle fait perdre son procès ait été appelée et admise à se défendre; tout cela à la différence de ce que font les autres Cours et tribunaux. La loi est donc très-sage et très-juste, qui lui défend de juger les affaires en aucun cas et sous aucun prétexte, de même qu'elle est également très-sage et très-juste en lui prescrivant d'annuler et casser tous les arrêts et jugements, contraires à la loi, l'appliquant faussement, la violant.

Toutefois, à cette prescription générale des lois de 1790 et 1791, il a été apporté une exception par une loi postérieure, par l'article 411 du Code d'instruction criminelle. « Nous arrivons, dit Dalloz, à la possibilité d'une erreur de fait prévue par la loi, et dont l'existence ne peut entraîner la cassation. C'est l'article 411 du Code d'instruction criminelle qui a prévu le cas, dans les termes suivants : « Lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par la loi qui s'applique au crime ou au délit, nul ne pourra demander l'annulation de l'arrêt ou du jugement sous le prétexte qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi. » (Art. 411 et 414.) Cette disposition est marquée au coin de la sagesse. En effet, bien qu'en matière criminelle l'exacte observation des lois soit de rigueur, et que toute fausse application du texte constitue une violation de la loi, on comprend néanmoins qu'ici le condamné est sans intérêt, puisque le fait incriminé a été puni comme il le méritait, et que l'erreur du juge qui s'est appuyé sur un texte plutôt que sur un autre, ne porte aucun préjudice au condamné. Ici, en effet, comme en matière civile, on doit appliquer rigoureusement le brocard de droit : « point d'intérêt, point d'action », et l'article 411 en est précisément une application. Mais hors de là et dès que les parties ont un intérêt quelconque, mais réel, à la cassation demandée, elle doit être prononcée. — Dans l'article 411 il ne s'agit que d'inadvertances échappées à l'inattention du juge. — Mais y aurait-il lieu d'appliquer cet article 411, par analogie, dans le cas où l'erreur frapperait sur la *qualification* des faits incriminés? Une pareille doctrine ne nous paraît pas admissible. D'ailleurs il n'y a même pas

Digitized by Google

d'analogie entre le cas prévu par l'article 411 et l'hypothèse dont il s'agit. Il faut donc restituer au condamné le droit général qui lui est garanti par la loi de demander l'annulation du jugement ou de l'arrêt illégal qu'il est de son intérêt de faire annuler en effet. » (Dalloz, v° *Cour de cassation*, n°s 1428, 1449, 439, 1454, 1455.)

Dalloz ajoute (n° 1468 et n° 1455) : « En matière criminelle, l'erreur de droit dans la qualification du délit par le jugement de condamnation donnerait ouverture à cassation alors même que la peine prononcée n'excéderait pas celle que méritait le fait incriminé. » Ici, comme le déclare l'arrêt qui suit (Cass., 8 mars 1838), l'article 411 ne peut pas recevoir d'application. « Attendu que l'erreur commise par la Cour ne consiste pas dans la citation inexacte de la loi pénale à appliquer, mais dans la fausse interprétation de cette loi, et cette fausse interprétation a été préjudiciable à l'accusé; qu'ainsi ce n'est pas le cas d'appliquer la disposition de l'article 411 du Code d'instruction criminelle. » « On comprend en effet, continue Dalloz, combien il importe au condamné de ne pas rester sous le coup d'une flétrissure qu'il n'a pas méritée et de faire disparaître des annales de la justice un arrêt erroné en droit, dont le témoignage permanent lui attribuerait un crime ou un délit qu'il n'a pas commis ou un degré de perversité qui ne lui appartient pas et qui pourrait plus tard lui porter préjudice. L'accusé n'a-t-il pas un intérêt immense à faire rectifier une qualification qui lui est préjudiciable, une qualification qui donne au fait incriminé un caractère de gravité et d'aggravation qu'il n'a pas? » — Tout ceci s'applique parfaitement à Cival. Le voilà en effet, de par l'arrêt de cassation ou ses conséquences, flétri du nom de diffamateur par l'arrêt erroné de Besançon, arrêt maintenu et sanctionné par le rejet du pourvoi, et gardant ainsi à tout jamais sa force probante et exécutoire, puisqu'il n'est annulé ni en tout ni en partie par le dispositif de l'arrêt de la Cour de cassation.

Une autre décision analogue à celle qui vient d'être citée est celle d'un arrêt de cassation, du 11 novembre 1819, jugeant « qu'une condamnation ne peut avoir pour base légale un délit autre que celui dont l'accusé est déclaré coupable, quoique la peine prononcée soit la même ». (Rolland de Vil-

Digitized by Google

largues, Code inst. crim. art. 411.) — De quel délit, dans notre espèce, l'inculpé a-t-il été déclaré coupable par le juge du fait, la Cour de Besançon? D'un délit de diffamation. C'est donc à tort que, d'un autre délit, celui d'outrage, on a fait la base d'une condamnation ou, ce qui est la même chose, du maintien de la condamnation, par voie et sous forme de rejet. A tort aussi s'est-on appuyé sur l'article 411. Il n'est pas fait, cet article, pour autoriser une telle manière de procéder ou autre semblable. Il n'est fait véritablement que pour le cas qu'il prévoit et détermine; il n'est applicable qu'à ce cas, savoir et uniquement au cas « d'erreur dans la citation du texte de la loi». — Il n'est guère croyable, me dit-on, que l'article 411 doive s'entendre en ce sens, tant le cas est rare et presque impossible dans la pratique ;— Qu'en fait, les cas d'appliquer une loi soient plus ou moins rares, ce n'est pas une raison qui dispense d'appliquer la loi ou qui autorise à l'étendre à d'autres cas que le sien. « Les juges, dit Meyer, n'ont point à décider sur les avantages ou les inconvénients de la loi, sur les circonstances qui, si elles avaient été prévues par le législateur, auraient pu motiver une extension ou une exception. Leurs fonctions se bornent à bien apprécier le fait et à y appliquer la loi telle qu'elle est, avec tous les défauts qu'elle peut avoir, toutes les iniquités qu'elle peut causer » (Dalloz, n° 1998.)

Et voici d'ailleurs qui prouve que le cas « d'erreur dans la citation du texte de la loi » n'est pas si impossible, si rare qu'on se plaît à le dire. Il a été jugé : que l'erreur dans la citation de la loi pénale ne peut donner ouverture à cassation lorsque la condamnation est justifiée par une autre loi applicable au fait qui y a donné lieu (Cass., 25 janvier 1821, et quatre ou cinq autres arrêts de cass.);—Que, par exemple, la citation de l'article 58 du Code pénal, au lieu de l'article 57, qui porte même peine, n'est pas une cause de nullité (Cass., 28 août 1845); — Que la citation même d'une circulaire ministérielle, au lieu d'une loi pénale à laquelle elle se réfère, ne rend pas nul un jugement, si la condamnation peut être justifiée par une disposition de la loi pénale (Cass., 26 fév. 1818); — Que la citation d'une loi abrogée n'est pas une cause de nullité lorsque la peine est justifiée par une disposition de la loi nouvelle (Cass., 20 juin 1828, 5 fév. 1830, 12 août 1832,

Digitized by Google

13 déc. 1855), etc. (Rolland de Villargues, Cod. inst. crim., art. 411).

Que dit et que fait la Cour de cassation pour appliquer l'article 411 à l'affaire Villemot? Elle substitue un délit à un autre délit. Elle substitue aux termes dont se sert l'article 411 d'autres termes qui sont d'elle et non de lui : « Attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'article 411 du Code d'instruction criminelle, l'erreur dans la qualification du délit ne peut donner lieu à cassation », alors que l'article dit que c'est « l'erreur dans la citation du texte de la loi » qui ne peut donner lieu à cassation. Enfin, elle applique l'article 411, cet article contenant une exception à un principe général, qui ne peut, comme toutes autres exceptions, être étendue, par analogie ni autrement, à d'autres cas que celui pour lequel elle est faite; elle l'applique à un cas tout autre que le sien, à un cas où il n'y avait pas eu la moindre inadvertance, la moindre erreur de *fait*, comme dit Dalloz, en un mot et comme dit l'article lui-même, la moindre « erreur dans la citation du texte de la loi ». Reconnaissant, en effet, et constatant un délit de diffamation, la Cour de Besançon, à ce point de vue et ceci posé en fait, avait très-justement et sans erreur aucune visé et cité la loi réellement applicable à ce délit, les articles 13 et 16 de la loi du 17 mai 1819. Il n'y avait donc pas lieu à l'application de l'article 411. — Il y avait bien sans doute une erreur dans l'arrêt de la Cour de Besançon, mais une erreur de *droit*, puisqu'elle voyait et affirmait l'existence d'un délit de diffamation là où il n'y en avait point aux yeux et aux termes de la loi. C'était là non plus une simple erreur de fait, une inadvertance échappée à l'inattention du juge; c'était bel et bien une violation caractérisée de la loi, et c'est ce qu'a formellement reconnu et proclamé la Cour de cassation. Or, comment une pareille erreur, c'est-à-dire plutôt une pareille contravention (c'est le nom qui lui donnent les lois de 1790 et 1791), peut-elle et doit-elle être réparée ou réprimée? Par une cassation, la loi le dit assez clairement et assez impérieusement. Eh bien! non; la Cour de cassation s'arroge le droit de réparer cette erreur, de « justifier », comme elle dit, l'arrêt attaqué,— violateur de la loi, — en décidant que si la condamnation en 2,000 francs de dommages-intérêts prononcée par l'arrêt

Digitized by Google

n'est pas justifiée par le délit de diffamation qui n'a point été commis, elle est « justifiée » par l'existence d'un délit d'outrage, délit que la Cour de Besançon n'a ni constaté ni visé, non plus que le tribunal de Vesoul, et qu'elle affirme et proclame, elle Cour de cassation, non appelée à juger cette autre et nouvelle question, n'ayant d'ailleurs point le droit de la juger, pas plus que toute autre question ou affaire (lois de 1790 et 1791). C'est par un nouveau jugement à rendre par un tribunal de renvoi, et non par la Cour de cassation, que pouvait et devait se réparer l'erreur commise par les juges de Besançon. Qu'est-ce à dire, encore que la condamnation en 2,000 francs de dommages-intérêts « est justifiée » par l'existence d'un délit d'outrage? C'est dire, c'est juger non-seulement que ce délit a été commis, mais de plus qu'en réparation du préjudice qu'il a causé il a été justement alloué ou il doit être alloué une indemnité de 2,000 francs. Or c'est là, d'abord, une pure et gratuite supposition, la Cour d'appel n'ayant alloué ni cette somme ni une autre pour le délit d'outrage qu'elle n'a ni visé ni constaté. C'est donc alors, de la part de la Cour de cassation, évaluer elle-même et elle seule le dommage causé par ce délit qu'elle seule aussi juge avoir été commis, et, pour réparation, allouer 2,000 francs. C'est bien là, certes, juger l'affaire. Mais est-ce la juger comme il faut? Une simple injure ou outrage cause assurément bien moins de tort, porte une bien moindre atteinte à l'honneur qu'une diffamation caractérisée. Il ne me paraît donc pas permis de supposer que la Cour de Besançon, si elle eût reconnu le délit d'outrage au lieu de celui de diffamation, voulant et devant justement proportionner la réparation au préjudice, eût prononcé la même condamnation en 2,000 francs de dommages-intérêts. Comment dire alors que la peine, si l'on peut appeler peine une condamnation à dommages-intérêts, soit la même pour délit d'outrage que pour délit de diffamation, et comment aussi, alors, appliquer l'article 411 du Code d'instruction criminelle?

L'article 411, et par son texte et par le motif qui l'a dicté, exige évidemment trois choses ou conditions pour pouvoir être appliqué : erreur dans la citation du texte de la loi; — égalité ou parité de peines; — défaut d'intérêt.

Voyons si toutes ces conditions existent dans notre espèce.

Digitized by Google

Et d'abord il n'y a pas eu d'erreur dans la citation du texte de la loi. Je l'ai démontré plus haut. L'article n'était donc pas applicable.

L'égalité ou parité des peines, seconde condition nécessaire pour l'application de l'article 411, n'existe pas davantage dans notre espèce. Il n'est fait, cet article, que pour les cas où il s'agit de *peines* proprement dites, de *répression* vraiment *pénale*. Telle n'est point la condamnation aux *dommages-intérêts*, qui ne figure dans aucune des nomenclatures ou indications de *peines* établies par la loi; qui en est même formellement distinguée par le Code pénal, article 10 (y voir aussi et de plus les articles 6 et suivants, 40 et suivants, etc., etc.). La condamnation aux dommages-intérêts est en effet une simple réparation *civile*, demandée par *action civile*, par une *partie civile*, motivée dans la demande et dans le jugement par une loi *civile*, l'art. 1382 du Code civil. Aussi la Cour de Besançon a-t-elle dit, dans son arrêt du 29 novembre, « que le ministère public n'ayant pas appelé du jugement, il n'y a pas lieu de prononcer une *peine* ». Il est donc alors en présence d'un arrêt qui ne condamne qu'à des dommages-intérêts, en citant par erreur un texte de loi pour un autre, il est impossible de dire que la *peine* qu'il prononce (puisqu'il n'en prononce point, les dommages-intérêts n'étant point une peine) est la même que la *peine* portée par la loi applicable au fait de la cause, crime ou délit; impossible par conséquent d'appliquer en pareil cas l'article 411. Or tel était le cas de l'affaire Villemot contre Cival, avec cette différence encore, déjà énorme et décisive à elle seule, qu'il n'y avait pas eu d'erreur commise dans la citation de la loi.

Et qu'on ne prétende pas assimiler à une *peine* une condamnation à des dommages-intérêts. Jamais il n'est permis d'étendre, par induction ou analogie, une disposition pénale, telle qu'est celle de l'article 411, à des cas autres que celui expressément déterminé par elle.

D'ailleurs encore, en admettant même qu'on pût assimiler les dommages-intérêts à une peine, il n'y aurait pas l'égalité ou parité de peines exigée par l'article 411 comme condition *sine qua non* de son application. Cette égalité doit consister dans l'idendité entre la peine prononcée par l'arrêt ou le jugement, citant par erreur un texte de loi non applicable au

Digitized by Google

délit et la peine celle portée par un autre texte réellement applicable à ce délit. Par exemple, un jugement ou arrêt condamne à deux ans de prison pour délit de vol, en visant et citant par erreur l'article 405 du Code pénal non applicable, au lieu de l'article 401 applicable au délit. C'est tout à fait le cas de l'article 411 du Code d'instruction criminelle, puisque la peine prononcée par le juge est la même que celle portée par l'article 401 du Code pénal, et c'est chose facile à reconnaître par la seule lecture des deux articles 401 et 405, l'un et l'autre portant absolument la même peine, peine déterminée et fixée par l'un comme par l'autre entre les limites d'un *minimum* et d'un *maximum :* emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus. Et c'est là précisément la mesure que, dans l'hypothèse, a suivie le jugement en condamnant à deux années d'emprisonnement, ce qui pouvait être fait tout aussi bien et très-également en cas de vol (art. 401) et en cas d'escroquerie (art. 405), et de même dans toute autre hypothèse pareille. Mais en fait de dommages-intérêts, il n'y a plus ni texte, ni article, ni loi qui en précise et fixe de même le *quantum*, la quotité, le chiffre, entre un *minimum* et un *maximum*, en aucun cas et dans aucune espèce ou hypothèse. Tout ici, et quant à ce, dépend de la seule appréciation et évaluation plus ou moins arbitraire du juge, qui n'a pour guide et pour règle en cette matière que l'article 1382 et les articles 1146 et suivants du Code civil. Or, ces articles ne disent rien et n'ont pu rien dire, on le comprend, du chiffre des dommages-intérêts. Ils peuvent varier d'un franc à quelques cents mille francs et même plus, suivant la gravité des faits et celle du préjudice causé. Où donc pourrait-on ici trouver une égalité ou parité de peines, entre celle prononcée par forme et à titre de dommages-intérêts et celle portée par un autre texte de loi que celui cité dans le jugement, autre texte qui n'existe et ne se trouve nulle part dans nos lois? Nulle comparaison n'est possible en ce cas entre peine et peine, et d'aucune des deux on ne peut dire qu'elle soit ou ne soit pas la même que l'autre. Il n'y a donc alors ni lieu ni possibilité d'appliquer l'article 411 du Code d'instruction criminelle.

Troisième condition enfin pour qu'il puisse être justement appliqué : défaut d'intérêt.

Digitized by Google

Il est clair et certain que Cival avait un intérêt réel à ce que l'arrêt de Besançon fût cassé.

Il y avait cet intérêt que j'ai signalé plus haut, de ne pas rester, comme dit Dalloz, sous le coup d'une flétrissure qu'il n'a pas méritée, et de faire disparaître des annales de la justice un arrêt erroné en droit, dont le témoignage permanent lui attribue un délit des plus graves (diffamation) qu'il n'a pas commis.

A d'autres points de vue encore, il avait intérêt à la cassation de l'arrêt de Besançon.

Si cet arrêt était cassé purement et simplement, Cival était déchargé de toute condamnation. — S'il était cassé avec renvoi devant une autre Cour ou un autre tribunal, pour faire juger la question d'outrage qui restait seule à juger, Cival y aurait gagné une chance ou d'acquittement ou d'atténuation de condamnation.

Et d'abord, par ce renvoi accompagnant la cassation de l'arrêt de Besançon, tous les droits et intérêts des parties, ceux du plaignant non moins que ceux de l'inculpé, étaient réservés et sauvegardés, comme cela doit être. L'inculpé n'aurait certainement pas échappé à une condamnation en dommages-intérêts si, par la Cour ou le tribunal de renvoi, il eût été reconnu coupable d'outrage envers le plaignant.

Mais aussi, l'inculpé aurait pu dire et faire juger qu'il n'avait pas commis d'outrage. Trois juges de première instance ou même seulement deux, formant la majorité, auraient bien pu avoir cette opinion et en conséquence, acquitter. Le contraire arrivant, les mêmes chance et possibilité existaient au profit de l'inculpé en Cour d'appel, puis même en Cour de cassation. Il suffit que cela ne soit pas impossible pour que Cival eût intérêt à ce que l'arrêt fût cassé. Voilà donc déjà une chance de salut dont la Cour de cassation a privé l'inculpé en jugeant comme elle l'a fait, en lui enlevant le bénéfice de ces recours successifs à plusieurs juges différents. Intérêt donc pour Cival, intérêt réel et sérieux à ce que l'arrêt fût cassé.

Une autre chance favorable que la Cour de cassation lui a également ravie, c'est celle d'une condamnation moins grave, moins onéreuse. Une simple injure ou outrage cause assurément moins de préjudice à la personne injuriée qu'une

Digitized by Google

diffamation. Qu'on traite quelqu'un d'imbécile, de fainéant, de canaille, de tels propos ou autres plus ou moins grossiers portent certainement une bien moindre atteinte à son honneur et à sa considération que ne le ferait l'imputation d'un crime ou d'un délit spécifié, précisé, tel que meurtre, viol, faux, escroquerie, abus de confiance ou autre. La peine, pour être proportionnée, doit être moindre au premier cas qu'au second, et moindre aussi doit être la réparation civile, le chiffre des dommages-intérêts à allouer pour le préjudice causé [1]. L'inculpé, renvoyé à d'autres juges, pouvait donc fort bien, pour son délit d'injure ou d'outrage, s'il était reconnu, prouvé, n'être condamné, soit en première instance, soit en appel, qu'à 1,000 francs de dommages-intérêts, ou même seulement à quelques cents francs, au lieu de 2,000 francs, somme allouée par la Cour de Besançon pour cause et en réparation du délit de diffamation qu'elle croit et dit avoir été commis, somme allouée aussi, indirectement, mais peu importe la forme, par la Cour de cassation pour cause et en réparation du délit d'outrage qu'elle substitue arbitrairement, je veux dire sans droit ni qualité pour le faire, au délit de diffamation écarté par elle comme n'ayant pas été commis. Et voilà donc une seconde chance de salut ou d'atténuation dont la Cour de cassation a privé l'inculpé en jugeant elle-même et elle seule, irrévocablement, l'inculpation d'outrage. Cival, encore, avait donc intérêt à ce que l'arrêt fût cassé.

Autre chance encore que lui aurait laissée une cassation : celle de faire juger qu'il n'y avait eu de sa part qu'une injure simple, et non point un outrage envers un fonctionnaire public à raison de ses fonctions. Il aurait pu dire devant ses nouveaux juges : Faire partie des commissions mixtes n'était pas une fonction, un devoir de la charge ou profession de substitut, de juge, de procureur, etc. ; ce n'en était pas non plus l'exercice ou l'accomplissement, non plus que les agissements insolites, extraordinaires, exceptionnels,

[1] Et voilà encore qui repousse l'application de l'article 411, car si l'on veut à toute force, quoiqu'on ne le puisse pas, assimiler les dommages-intérêts à une *peine*, on ne peut pas dire qu'ici il y ait égalité ou parité de *peines*.

Digitized by Google

exigés des membres de ces commissions. Donc des propos injurieux tenus à cette occasion ne constituent point un outrage envers des fonctionnaires publics à raison de leurs fonctions, mais de simples injures envers de simples particuliers. Et la peine encourue alors est moindre qu'elle ne le serait s'il y avait outrage caractérisé.

De tout ce qui vient d'être dit, il appert bien clairement que Cival avait un intérêt réel et sérieux à obtenir la cassation de l'arrêt de Besançon; que par conséquent l'article 411 du Code d'instruction criminelle ne lui était pas opposable, puisqu'il ne l'est, nous l'avons vu par les citations de Dalloz, etc., qu'au condamné qui n'a aucun intérêt à la cassation de l'arrêt qui l'a condamné.

Cet article une fois écarté, il restait la loi générale et absolue qui enjoint à la Cour de cassation d'annuler et casser tout arrêt illégal, contraire à la loi, puis de renvoyer l'affaire à un autre tribunal[1].

Des deux inculpations et questions soulevées par la demande introductive d'instance, celle de diffamation et celle d'outrage, la première étant rejetée ainsi que la fin de non-recevoir d'abord proposée, il restait la seconde, celle d'outrage, sur laquelle il fallait bien faire droit. Mais il ne fallait pas dire, comme l'a fait la Cour, « que la qualification de « crime » constitue un délit d'outrage; que Cival a commis un délit d'outrage »; car prononcer ainsi c'est juger; c'est juger ce qui est en question, le fond de l'affaire, et la Cour n'en avait pas le droit. Il fallait dire simplement et hypothétiquement ceci ou l'équivalent: Attendu qu'il n'y a pas eu diffamation...; mais attendu que d'après les faits de la cause et la demande de Villemot telle qu'il l'a formulée dans sa

[1] La loi veut de plus que les arrêts de cassation soient envoyés officiellement aux Cours et tribunaux dont les décisions ont été cassées, et qu'ils soient transcrits sur les registres de ces Cours et tribunaux (lois du 27 novembre 1790, art. 22, et du 27 ventôse an VIII, art. 85). « La cassation d'un arrêt est, dit Meyer, une censure exercée sur le juge qui l'a rendu ou du moins sur son jugement. La publicité du blâme encouru par le jugement, continuellement sous les yeux du juge au moyen de la transcription sur ses registres, peut servir à le contenir sans cesse dans la subordination qu'il doit à la loi. » — Quel juge donc encourt et mérite cette leçon? Celui, apparemment, qui a violé la loi. — La Cour de Besançon a violé la loi. La Cour de cassation le reconnait et le dit hautement.....

Digitized by Google

citation introductive d'instance, il y aurait lieu encore d'examiner s'il n'aurait pas été commis envers lui un délit d'outrage qui, s'il était reconnu, justifierait sa demande et servirait de base à une condamnation de dommages-intérêts à son profit; par ces motifs, casse..., et pour être fait droit sur la demande de Villemot à raison de l'outrage dont il se plaint, renvoie l'affaire et les parties à tel tribunal.

Une telle solution n'aurait ni jugé ni préjugé la question d'outrage, et, encore une fois, tous les droits, tous les intérêts, de part et d'autre, auraient été respectés et sauvegardés; et toutes les lois de la matière auraient été fidèlement observées et appliquées. COULON.

DE LA RÉORGANISATION DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE.

Par M. Robinet de Cléry,

Premier président honoraire de la Cour d'appel de Besançon.

En déposant, le 15 novembre dernier, un projet de loi ayant en vue de modifier le fonctionnement du premier degré de juridiction[1], le gouvernement n'a voulu ni dépré-

[1] TEXTE DU PROJET DE LOI.

Art. 1er. — Les tribunaux de première instance actuellement existants sont maintenus.

Néanmoins, lorsque le nombre des affaires et la facilité des communications le permettront, le service d'un tribunal pourra être confié aux magistrats d'un tribunal voisin du même département.

Art. 2. — Dans le cas prévu par le § 2 de l'article précédent, un juge et un substitut du procureur de la République, délégués pour trois ans par un décret du président de la République, résideront au siége du tribunal.

Ils conserveront leur rang d'ancienneté dans le tribunal voisin dont ils continueront à faire partie.

Art. 3. — Le juge délégué sera investi, dans l'arrondissement, de toutes les attributions du président du tribunal; il remplira les fonctions de juge d'instruction.

Le substitut exercera toutes les fonctions du ministère public.

Art. 4. — Les affaires civiles et correctionnelles seront jugées, au siége de l'arrondissement, dans des sessions périodiques tenues, sous la présidence

Digitized by Google

cier nos institutions ni pactiser avec leurs aventureux détracteurs. Il proteste, à bon droit, contre de prétendues réformes, qui, sous prétexte d'innover, ressusciteraient des systèmes ayant été, en tout ou partie, mis à l'épreuve sous les Constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III et ayant alors fort mal réussi. Le principal objectif de l'ingénieuse élaboration dont les résultats viennent d'être publiés[1], est de conserver l'état de choses existant, dans ce qu'il a de plus essentiel, tout en donnant satisfaction à certaines critiques, *d'inégale valeur*[2], auxquelles il a été en butte.

Celles qui réclamaient le remaniement territorial des ressorts établis sont résolûment écartées. S'appuyant sur des considérations assez plausibles, elles avaient eu, à diverses époques, des interprètes d'une grande autorité, dont la position, le savoir et la conviction profonde étaient propres à faire impression[3], mais, chaque fois que l'on en était venu à l'application, d'inextricables difficultés avaient surgi.

du juge délégué, assisté de deux juges pris dans le tribunal auquel il appartient.

Toutefois le président de ce tribunal pourra venir présider lorsqu'il le jugera convenable.

Art. 5. — Un règlement d'administration publique déterminera :

Les tribunaux auxquels s'appliquera le § 2 de l'article 1er;

Les tribunaux auxquels seront empruntés le juge délégué, le substitut et les magistrats délégués pour les assises;

Le nombre et l'époque des sessions régulières;

Les indemnités de déplacement qui seront allouées aux magistrats.

Art. 6. — Des sessions extraordinaires pourront, s'il y a lieu, être ouvertes en vertu d'une ordonnance du premier président de la Cour d'appel.

Art. 7. — Les juges suppléants, greffiers, notaires, avoués et huissiers continueront d'exercer leurs fonctions dans l'étendue du ressort du tribunal auquel ils appartiennent.

Art. 8. — Les magistrats actuellement en fonctions, dont les emplois seront supprimés, conserveront l'intégralité de leur traitement jusqu'à ce qu'ils aient été pourvus d'un emploi équivalent. En cas de refus de leur part d'accepter de nouvelles fonctions, ils pourront être admis d'office à la retraite.

Leur pension sera calculée à raison, pour chaque année de service, d'un soixantième de leur traitement moyen des six dernières années.

Art. 9. — Les économies, résultant des suppressions d'emplois, seront affectées à l'augmentation des traitements de la magistrature.

[1], [2] Voir dans son ensemble, au *Journal officiel* du 25 novembre 1876, l'exposé des motifs dont plusieurs extraits sont ci-après rappelés.

[3] Les opinions qui tendaient à réduire le nombre des arrondissements ju-

Digitized by Google

Tant que la solution serait restée indécise, de vagues inquiétudes se seraient entretenues dans les villes menacées de voir leur importance amoindrie et leur tribunal supprimé. La proposition actuellement soumise à la législature les rassurera au moins sur un point. Elle déclare que les centres judiciaires ne seront pas déplacés et elle justifie, par des arguments sans réplique, une disposition ainsi formulée en son article premier : « Les tribunaux de première instance actuellement existants sont maintenus[1]. »

Modifier leur composition sans sacrifier aucun intérêt sérieux a été le problème que le ministère s'est posé. Adoptant un terme moyen il a pris cette fois l'initiative de nouvelles combinaisons. Un exposé de leurs motifs fait connaître sur quelles données générales elles reposent et quel en est le but, l'esprit, le mode d'application. Il s'exprime ainsi :

« Dans un tribunal régulier, entouré de son barreau et de « ses offices ministériels, pourvu de tout ce qui constitue le « centre normal d'un ressort judiciaire, quels sont les rouages « dont le fonctionnement doit être ininterrompu? Quels sont « les magistrats dont la présence permanente est indispen- « sable? C'est le président pour le service des référés et des « ordonnances ; c'est surtout le procureur de la République « et le juge d'instruction pour assurer la police judiciaire et « la répression des crimes ou délits. Voilà ceux qui, pour la « sûreté publique comme pour les besoins des particuliers, « doivent être, à toute heure, à la portée du justiciable. « — Quant à l'audience, qui dans l'état actuel se tient, à des « jours séparés, une ou deux fois par semaine, il n'importe « au plaideur qu'elle ait lieu par sessions de plusieurs jours « consécutifs, toutes les deux semaines par exemple. Il ne « lui importe, pourvu qu'il soit jugé par un tribunal régulier, « que les deux assesseurs de cette audience, au lieu de sé- « journer dans la ville même, arrivent du chef-lieu judi- « ciaire voisin, pour occuper leurs siéges, la veille ou le « matin du premier jour de la session. Il ne lui importe « enfin que le double service de l'instruction et des référés

diciaires seront rappelées *infrà*. Elles l'avaient été lors d'une proposition faite en ce sens par M. Berenger. (V. *Journal officiel*, numéros des 16 juillet 1871 et suiv.)

[1] Voir note [1], [2] de la page précédente.

Digitized by Google

« soit réuni dans les mains d'un seul juge, puisque déjà « chacun de ces deux services est aujourd'hui confié à un « juge unique [1]. »

De ces observations on a assez logiquement conclu que, pour l'expédition des affaires ressortissant d'un siége peu occupé, il suffirait de détacher du tribunal voisin, un juge et un substitut, délégués par décrets présidentiels, pour remplir, durant trois années consécutives, l'un les fonctions de magistrat instructeur cumulées avec les attributions du juge des référés, et l'autre toutes celles du ministère public. Les audiences seraient tenues sous la présidence du premier, auquel s'adjoindraient, pendant un laps de temps très-limité, deux autres juges, qui appartiendraient au même tribunal et seraient, lors du roulement annuel, désignés pour venir périodiquement compléter le nombre d'assesseurs réglementaire.

Tel serait le point capital. Le ministre, auteur du projet, y a rattaché plusieurs dispositions accessoires destinées à en faciliter la réussite et par l'effet desquelles il y aurait, dans chaque arrondissement, deux personnels judiciaires tout à fait distincts.

L'un serait ambulant; il apporterait son concours à des assises qui se tiendraient à époques fixes; l'autre demeurerait sédentaire. Dans celui-ci seraient compris « les juges suppléants, greffiers, notaires, avoués et huissiers. » Il est dit, en l'article 7, « qu'ils continueront à exercer leurs fonctions dans le ressort du tribunal auquel ils appartiennent ». L'exposé dont cette disposition est précédée fait plus spécialement ressortir quelle sera l'utile coopération des suppléances. « Dans les cas, y est-il dit, où une affaire surgirait « à l'improviste, ayant un tel caractère d'urgence qu'il ne « fût pas possible d'attendre la prochaine session, le juge « délégué pourrait, à la rigueur, tenir une audience avec « l'assistance des juges suppléants qui continueront à ré- « sider au siége du tribunal.... [2] »

La faculté de constituer ainsi, hors des sessions, un tri-

[1] Exposé des motifs du projet de loi déposé le 15 novembre 1876 (*Journal officiel* du 25, *loc. cit.*).

[2] Voir l'exposé et le *Journal officiel* du 25 novembre 1876, déjà cités.

Digitized by Google

bunal régulier, *mais dont la composition serait toute différente de ce qu'elle eût été pendant leur durée*, est chose assurément fort étrange et pourtant nécessaire. Elle aurait de bons ou de défectueux résultats suivant qu'il en serait fait une application plus ou moins large et intelligente.

Le régime qu'il s'agit d'expérimenter serait, pour le surplus, réglé par des décrets rendus en Conseil d'État sur la proposition du gouvernement. Il s'en réserve la préparation ; il reconnaît qu'il y a lieu de procéder à « des études particulières et minutieuses sur l'état de chaque tribunal, sur « le nombre et la nature des affaires qui y ont été portées « depuis quelques années, sur les moyens de communication « qui relient ce tribunal à un siége voisin, sur les ressources « que le tribunal voisin peut offrir, en un mot sur tous les « éléments d'un problème très-complexe, qu'il n'est pas « possible de résoudre à l'aide d'une formule et d'une règle « uniformes[1]. »

L'attente pourra se prolonger. Les bases manquent encore aujourd'hui pour pressentir, soit au point de vue de la régularité du service, soit même au point de vue purement budgétaire, à quoi aboutirait la voie où l'on se serait engagé. La chancellerie tient pour constant « que les économies résultant « des suppressions d'emplois ne seront pas considérables au « début[2]. Elles seraient en partie absorbées par les cré- « dits affectés aux pensions des magistrats admis à la retraite « avant l'heure ordinaire[3]. »

Répudiant toute pensée de réduction sur son budget, le précédent garde des sceaux en a pris occasion pour constater, « qu'il n'est pas de pays en Europe où les juges reçoi- « vent une indemnité plus faible qu'en France[4] ». Les exemples des nations étrangères eussent bien plutôt, comme il le faisait observer, autorisé à *demander une notable augmentation d'appointements*[5]. Cette réflexion a inspiré l'article final ainsi conçu : « Les économies résultant de suppressions d'em- « plois seront affectées à l'augmentation des traitements de « la magistrature. »

[1] Voir l'exposé et le *Journal officiel* du 25 novembre 1876, déjà cités.

[2], [3], [4], [5] Sur tous ces points, l'exposé des motifs susmentionné concorde avec les observations contenues dans un rapport fait au Sénat par M. Bernard le 19 décembre 1876 (*Journal officiel* du 24 décembre).

Digitized by Google

Bien qu'imparfaitement révélée par cette sommaire analyse, l'importance des dispositions déférées aux délibérations parlementaires, leurs suites les plus immédiates et quelques-unes de leurs conséquences éloignées se laissent entrevoir.

Le moment n'est pas venu de traiter, dans leur ensemble, les multiples questions s'y rapportant. Beaucoup d'entre elles ne sauraient être approfondies ni même utilement discutées avant la promulgation des règlements d'administration publique au moyen desquels des embarras et des obstacles seront peut-être aplanis, des doutes éclaircis et des objections levées.

Sans s'égarer dans des dissertations hypothétiques ou prématurées, il est deux points saillants qui se dégagent de la proposition gouvernementale et des considérations l'ayant motivée. Ils ont pour le monde judiciaire un intérêt considérable et comportent dès à présent un examen attentif.

D'une part la réduction numérique des centres de juridictions est combattue par des raisons si péremptoires qu'elle sera désormais abandonnée par les esprits sérieux et classée parmi les utopies irréalisables.

D'autre part un procédé préférable et auquel personne n'avait songé jusqu'à ce jour, vient s'offrir à la discussion. Son mécanisme est assez simple et ses principaux rouages sont bien agencés. Néanmoins nos législateurs, avant de désorganiser ce qui existe, auront à tenir compte de certaines difficultés déjà pressenties, d'autres pouvant survenir, des déviations à prévoir et des écueils à éviter.

§ Ier.

MAINTIEN DES SIÉGES JUDICIAIRES AVEC LEURS CIRCONSCRIPTIONS ACTUELLES.

Il est des courants d'idées qui séduisent et entraînent les meilleurs esprits.

Ainsi s'était propagé la persuasion de l'opportunité d'une refonte générale dont l'effet eût été de diminuer sensiblement le nombre de nos tribunaux.

La multiplicité et le développement progressif des voies de communication, les facilités de transport en résultant permettraient, disait-on, de réunir plusieurs arrondissements en un seul, et l'on espérait, par une intelligente révision,

Digitized by Google

améliorer le sort des officiers ministériels et rehausser la dignité des magistrats en élevant leur niveau scientifique.

On affectait d'appréhender qu'il ne s'abaissât lorsqu'il aurait fallu, au début d'une carrière, séjourner trop longtemps dans des postes de mince importance, mais cette fausse préoccupation n'avait aucun fondement. L'expérience la dément; elle prouve que partout les aptitudes réelles se sont fait apprécier. Des sujets d'élite n'ont jamais tardé à percer et à prendre leur essor.

Eussent-ils même éprouvé, dans leur avancement, de temporaires entraves, cet inconvénient eût été de peu de poids. Il ne devait pas entrer en balance avec l'accomplissement de l'un des plus impérieux devoirs incombant à l'État.

Cette raison d'ordre supérieur est effectivement celle que le rédacteur de la proposition du 15 novembre dernier expose et fait valoir avec le plus de force. Discutant, l'un après l'autre, chacun des projets antérieurs, il démontre qu'ils sont inacceptables parce qu'il « rendraient plus difficile et plus « dispendieux l'accès du prétoire à ceux-là mêmes dont « l'ignorance où la faiblesse a le plus grand besoin de protec- « tion[1] ». Son argumentation dérive de cet axiome fondamental : « Tout citoyen, en échange de l'impôt qu'il paye, « a droit à la justice. Si dans la contrée qu'il habite, il se « produit moins de litiges que dans la région voisine, ce n'est « pas une raison suffisante pour lui enlever les moyens de « s'assurer la sauvegarde de la loi[2]. »

Cette vérité n'avait pas été méconnue par ceux mêmes qui, ayant cru un travail de révision pratiquable, s'en étaient montrés partisans. Un des plus éclairés d'entre eux écrivait, il y a cinq ans : « Il ne faut pas que, même dans un intérêt « public, un justiciable soit placé trop loin du lieu où il doit « porter son procès. *Une journée paraît être la limite extrême* « *du temps dont on peut lui faire subir la perte*, lorsqu'il a « besoin de s'entretenir avec son avoué ou son avocat[3]. » On n'ignore pas que, dans le cours d'une instance offrant

[1] V. exposé des motifs déposé le 15 novembre 1876, cité *suprà*.

[2] Exposé des motifs de la proposition déposée le 15 novembre 1876.

[3] Exposé des motifs d'une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale par M. Bérenger le 24 juin 1871.

Digitized by Google

peut-être un médiocre intérêt pécuniaire, ces communications nécessaires peuvent plusieurs fois se renouveler. Il en est d'autres qui attirent le plaideur au greffe ou devant le magistrat enquéteur. Les audiences où il veut être présent et où il peut avoir des renseignements à fournir subissent trop souvent des remises. La pratique seule révèle ce que l'éloignement du tribunal a d'onéreux.

Lorsque le pays est pourvu d'une viabilité supérieure, le préjudice peut être atténué, mais il ne cesse pas; il se reproduit sous d'autres formes et dans d'autres conditions. L'exposé des motifs du projet de loi déféré aux Chambres contient à ce sujet des appréciations et il a insisté sur des détails propres à dissiper quelques illusions trop répandues. Se plaçant dans l'hypothèse où il y aurait des voies ferrées conduisant au chef-lieu il raisonne ainsi : « Ce chemin de « fer, il faudra le payer. Si cette dépense n'est rien pour « l'homme riche ou aisé, pense-t-on qu'elle soit indifférente « au petit cultivateur et à l'ouvrier? Et cette dépense s'ac- « croîtra encore d'une perte de temps inévitable, car le « plaideur, qui demeure loin d'une ligne de chemin de fer, « devra, pour la gagner, faire un premier voyage et celui « qui en sera voisin devra s'astreindre à des heures fixes de « départ ou de retour[1]. »

Si de rapides et coûteux moyens de transport favorisent le commerce et l'industrie, s'ils rapprochent aussi les justiciables de leur juge, ce n'est pas sans qu'il s'y mêle de regrettables inégalités et de lourds sacrifices d'argent ou de temps. Tel n'était assurément pas l'idéal que proposait Adrien Duport lorsqu'il disait : « Il faudrait porter la justice au peuple ! »

Elle serait bien plus à sa portée en continuant ce qui se passe d'après le même exposé où nous lisons : « Aujourd'hui « quand le plaideur veut se rendre au palais, consulter son « avoué et son avocat, s'ils habitent le chef-lieu même de « l'arrondissement, quelques heures à peine lui suffisent. Il « le peut faire sans presque rien enlever à ses affaires ou à « son travail. S'il habite au village ou aux champs, c'est « encore l'affaire d'une demi-journée perdue, d'une journée

[1] Exposé des motifs de la proposition déposée le 15 novembre 1876.

Digitized by Google

« tout au plus. Son cheval, s'il est aisé, ses propres jambes, « s'il est pauvre, feront facilement le trajet nécessaire sans « qu'il lui en coûte aucun déboursé[1]. »

L'intérêt des justiciables devant primer tous les autres, la chancellerie l'a sagement pris pour *criterium* et a ainsi apprécié de problématiques améliorations fort peu d'accord avec les tendances décentralisatrices de ces derniers temps. L'étude impartiale et bien complète qu'elle en a faite a démontré l'inanité de moyens successivement conseillés par les novateurs pour former des circonscriptions territoriales plus étendues et l'inefficacité des tempéraments à l'aide desquels ils avaient espéré rendre l'agrandissement de celles-ci moins préjudiciable qu'il ne le serait infailliblement.

N° 1er. — *Moyens de révision abandonnés en raison des difficultés d'exécution.*

L'arrondissement, privé de la juridiction qui y était instituée, serait-il réuni purement et simplement à l'un des ressorts contigus? — Serait-il partagé entre plusieurs en ayant égard aux convenances locales? — Telle serait l'alternative nécessairement posée.

Plus simple en apparence, le premier de ces deux modes de procéder aurait de bien graves inconvénients dans la pratique. Pour une grande partie de la population répandue sur le territoire, qui ressortirait en entier de l'un des siéges judiciaires les plus proches, les déplacements seraient ruineux, *alors même que la contrée serait sillonnée de chemins de fer*. « Des extrémités de l'arrondissement annexé, il « faudrait, a-t-il été dit, venir au nouveau chef-lieu judiciaire « soit pour s'adresser au parquet, soit pour présenter une « requête, soit pour chercher une pièce au greffe[2] », et ces voyages réitérés, qui partout reviendraient fort cher à l'habitant, seraient pour lui une bien lourde charge, s'il s'y voyait astreint dans un des départements où le défaut de ressources et la configuration du terrain ont entravé le développement

[1] Exposé des motifs de la proposition du 15 novembre 1876.
[2] Exposé des motifs déposé le 15 novembre 1876.

Digitized by Google

des voies de communication. Or, ce serait dans ceux-là qu'il y aurait le plus de tribunaux supprimés; la statistique constate en effet que « les moins occupés se trouvent justement dans ces conditions défavorables[1]. »

Si, pour amoindrir les distances, on prenait le parti de morceler l'arrondissement où il n'y aurait plus de centre de juridiction, et de répartir entre plusieurs ressorts celui qui aurait été ainsi fractionné, l'opération serait, à un point de vue différent, presque également défectueuse. Elle gênerait et paralyserait quelquefois des relations indispensables à la bonne administration de la justice.

Le ministre dont elle recevait impulsion, et qui en connaissait les impérieuses exigences, avait protesté contre ce qui aurait porté, *à l'unité administrative et judiciaire*, d'irremédiables atteintes. Il signalait ainsi le trouble profond qui serait apporté aux usages établis. « Deux communes voisines fe-
« ront donc partie à la fois de la même circonscription admi-
« nistrative et de deux ressorts judiciaires différents ! Les
« maires devront donc correspondre avec le sous-préfet d'un
« arrondissement en même temps qu'avec le procureur de la
« République d'un autre arrondissement ! Se figure-t-on les
« confusions, les erreurs, les retards qui naîtraient de cette si-
« tuation si contraire aux habitudes françaises ? et quelle at-
« teinte portée à l'harmonie des pouvoirs ! Aujourd'hui les rap-
« ports, si fréquents par la force des choses entre le parquet
« et l'administration, sont d'une simplicité qui ne contribue
« pas peu à la bonne expédition des affaires. Bien des
« questions sont traitées verbalement et reçoivent ainsi une
« solution plus prompte. Dans l'hypothèse nouvelle, ces
« facilités disparaissent. Le procureur de la République a
« forcément affaire à plusieurs sous-préfets, à plusieurs
« receveurs particuliers, à plusieurs officiers de gendarmerie.
« Que d'entraves n'apporteront pas à la marche du service
« ces complications inévitables[2] ! »

Les embarras en résultant, les involutions, antagonismes ou conflits, qui surviendraient avant ou après l'introduction des instances, compromettraient l'intérêt public ou privé.

[1] Exposé des motifs de la même proposition.
[2] Exposé des motifs de la même proposition.

Digitized by Google

Ce serait donc sur la population que retomberaient en définitive de malheureuses conséquences qui n'avaient pas, au premier abord, été appréciées.

N° 2. — *Palliatifs proposés.*

Ne s'étant pas dissimulé les côtés faibles des systèmes vers lesquels ils inclinaient, les novateurs s'étaient appliqués à y remédier par des expédients de diverses sortes.

L'un d'eux eût consisté dans la « formation d'un petit jury « correctionnel, sous la présidence d'un juge de paix d'arron- « dissement ou d'un juge délégué[1] ». Mais quelles en eussent été les garanties d'impartialité et d'indépendance? — On peut sans nul doute en trouver dans une réunion de citoyens venus des divers points d'un département, sans avoir eu auparavant de rapports habituels soit entre eux, soit avec l'accusé, sa famille ou ses amis. Les conditions seraient beaucoup moins rassurantes, s'ils appartenaient tous au même arrondissement, car ils seraient plus accessibles aux préventions locales, et la fermeté du conseiller présidant les assises n'y ferait pas contre-poids. Une justice ainsi rendue en serait le plus souvent un vain simulacre.

En refusant avec raison d'en faire l'épreuve, M. Bérenger aurait préféré adjoindre, *deux fois par mois et à tour de rôle*, deux juges de paix de cantons à celui du chef-lieu d'arrondissement et constituer ainsi un tribunal qui, présidé par celui-ci, aurait eu l'assistance d'un substitut du procureur de la République[2]. Cette composition un peu meilleure n'eût pourtant pas valu celle qui existe actuellement.

L'opinion qui fut émise « de procéder à une nouvelle classi- « fication des délits, en donnant le jugement des moindres à « un juge unique[3] », déplaçait la difficulté sans la résoudre. La répartition à faire pour réglementer ces compétences a été jugée impossible par tous ceux qui de bonne foi l'avaient tentée.

Dans un ordre d'idées moins compliqué, il avait été question d'étendre les attributions du juge de paix dans une

[1], [2], [3] Ces tempéramments sont indiqués ou discutés dans l'exposé des motifs du projet déposé le 24 juin 1871 et rappelé ci-dessus.

Digitized by Google

proportion assez large. C'eût été une imitation de ce qui se passe en Algérie[1]. Pourrait-on toutefois considérer comme un progrès réel l'emprunt, fait à une législation essentiellement transitoire, d'une disposition exceptionnelle et que la seule nécessité y a fait introduire? — Ce qui convient à un pays dont la population est disséminée sur d'immenses espaces, doit-il être importé en France où elle est au contraire fort agglomérée, où elle a d'autre habitudes, d'autres besoins et où enfin le personnel des justices de paix n'est pas tenu aux mêmes justifications d'aptitude scientifique[2] !

Sans rechercher des analogies qui feraient complétement défaut, il y a des raisons décisives pour laisser les juges de paix dans l'étroite sphère où ils rendent de précieux services. L'auteur de la proposition qui vient d'être déférée aux Chambres le démontre victorieusement et pose ce dilemme : « ... Si l'on borne l'extension de compétence des juges de « paix aux seuls arrondissements qu'on aura privés de leur « tribunal, on détruit du même coup l'harmonie de notre « corps judiciaire; on porte une atteinte à ce grand principe « dont 1789 a fait la base de notre justice : l'unité de juridic- « tion ! Deux juges de paix nommés, au même titre, dans deux « arrondissements voisins, auront des compétences absolu- « ment inégales. Deux justiciables, habitant ces mêmes « arrondissements, par ce seul fait qu'ils ne seront pas du « même côté de la limite, dépendront, pour deux affaires « de même nature, de deux justices essentiellement diffé- « rentes...[3] »

La contre-partie de l'argumentation n'est pas moins irréfutable : «... Si, dans la France entière, dans tous les cantons, « on étend cette compétence, si surtout on l'étend dans « une mesure assez large pour que là où le tribunal aura « disparu, le juge de paix puisse le suppléer, alors c'est une « refonte générale de l'institution, c'est un remaniement « nécessaire de tout son personnel. Ce personnel, en effet, « tout honorable, tout choisi qu'il puisse être, ne se trouvera « point dans des conditions de savoir, de capacité, d'autorité

[1] Décret du 19 août 1854.
[2] Tous les juges de paix d'Algérie sont licenciés en droit.
[3] V. exposé des motifs déposé le 15 novembre 1876.

Digitized by Google

« suffisantes pour les fonctions délicates, difficiles, toutes « nouvelles surtout qu'il lui faudra confier. Ce n'est pas du « jour au lendemain qu'on pourra relever le niveau de son « intelligence et de son instruction. Ce n'est pas du jour au « lendemain non plus qu'on aura sous la main, en nombre « suffisant pour la renouveler, des hommes à la fois assez « distingués pour remplir dignement des fonctions analo- « gues à celles des magistrats inamovibles, assez modestes « pour se contenter de postes dépourvus d'éclat et d'ave- « nir[1]. »

De tous les systèmes successivement étudiés il ne restait donc que celui des délégations fournies par le tribunal avoisinant. Depuis longtemps on y avait songé : la pensée première avait été d'envoyer, dans les ressorts deshérités où il n'y aurait plus de juridiction permanente, deux magistrats, représentant le parquet et le siége, à l'effet de tenir au courant et mettre en état toutes procédures civiles, commerciales et criminelles. La réflexion avait pourtant fait reconnaître ce que cette mesure aurait d'incomplet ou de profondément anormal.

Elle aurait été imparfaite si les affaires élaborées dans l'ancien centre judiciaire n'y avaient pas reçu jugement et si, parvenues à cette dernière phrase, elles avaient dû être portées au chef-lieu plus ou moins proche où le tribunal aurait siégé. Alors commenceraient, avait-on dit, les tribulations du justiciable et « il ne serait pas à l'abri des charges « et des difficultés de toutes sortes qu'entraînerait pour lui « l'éloignement de la justice[2] » ,alors aussi le trésor serait lourdement grevé de frais occasionnés par le transport des prévenus, des témoins, des agents de la force publique[3]; il faudrait donc assurer le service de l'audience dans la ville où aurait eu lieu l'instruction civile ou criminelle. La justice déléguée serait insuffisante et manquerait son but dans cet indispensable complément.

Le lui procurer en ajoutant aux attributions du juge unique ce surcroît de compétence, serait une des exagérations contre lesquelles protesteraient tous les sages esprits. Elle

[1] Voir exposé des motifs déposé le 15 novembre 1876.
[2] et [3] Exposé des motifs de la proposition déposée le 15 novembre 1876

Digitized by Google

avait été par eux rejetée lors même que le vent poussait le plus aux innovations [1]. Elle l'est aujourd'hui encore; elle l'est sans hésitations ni ambages; elle l'est au nom des principes et en s'appuyant sur l'opinion qui ne ratifierait pas une aussi grande concentration d'autorité en un seul magistrat : « Si on l'investit du pouvoir de juger, ne fût-ce qu'en pre-« mier ressort, certaines catégories d'affaires, c'en est fait, « encore une fois, de l'unité de juridiction; c'est encore la « confusion substituée à l'ordre, l'exception à l'égalité; c'est « le juge unique imposé à quelques justiciables, tandis qu'on « le repousse pour tous les autres; c'est enfin l'harmonie « de notre organisation judiciaire détruite dans son principe « et dans son application et détruite sans profit pour per-« sonne, car le justiciable, soumis à ces tribunaux d'excep-« tion, n'y voudrait reconnaître qu'une justice inférieure. « Bien ou mal jugé, il s'obstinerait à porter appel au tribunal « régulier si loin qu'il le fallût chercher ou, si ces ressources « ne le lui permettaient pas, il se proclamerait victime d'un « déni de justice [2]. »

Devant des objections aussi nettement formulées par le ministère ayant mission de sauvegarder les saines traditions judiciaires, il n'y avait ni controverse ni transaction possibles. C'est ainsi qu'après un long et mûr examen de tout ce qui avait été indiqué comme devant faciliter une réduction du personnel de la magistrature, on est venu à la proposition habilement conçue sur laquelle les débats législatifs ne tarderont pas à s'ouvrir.

A quelque solution qu'ils aboutissent, le remarquable travail, dont de nombreux extraits viennent d'être cités, a une haute importance, il démontre qu'en dehors de cette proposition, il n'est rien, absolument rien, de réalisable. Elle est le dernier mot des élucubrations qui, plusieurs fois renouvelées, ont envisagé la question à tous ses aspects et l'ont élucidée autant qu'elle pouvait l'être. S'il n'est pas reconnu susceptible d'être appliqué, on continuera ce qui existe et fonctionne, à la satisfaction générale, depuis plus de trois quarts de siècle.

[1] Exposé d'une autre proposition déposée le 24 juin 1871.
[2] Exposé des motifs de la proposition déposée le 15 novembre 1876.

Digitized by Google

§ II.

INNOVATIONS PROPOSÉES.

La loi, en laquelle se résumerait les seules modifications jugées conciliables avec la division actuelle du territoire, aurait deux traits caractéristiques.

Elle organiserait d'efficaces mesures en vue d'avoir, au centre judiciaire de chaque arrondissement, des audiences en nombre suffisant pour subvenir à tous les besoins du service.

Elle placerait, dans ce même centre, sous la modeste dénomination de juge délégué, un magistrat cumulant un ensemble d'attributions dont jusqu'alors il n'y avait peut-être pas eu d'exemples. De quelques éléments que fût composé le tribunal, il le présiderait. Il en serait le chef et le membre influent. A l'exercice de tous les pouvoirs inhérents à la présidence (tels que décisions à rendre en référé ou dans les autres cas où il est statué par ordonnances) se joindraient, contrairement aux errements établis, les importantes fonctions de juge d'instruction. Il serait, par la force des choses, seul commissaire aux ordres, aux contributions, chargé de toutes enquêtes, expertises, vérifications ou autres opérations interlocutoires, dont l'issue des procès dépend presque toujours. A défaut de tribunal spécial de commerce, il procéderait ou coopérerait aux divers et multiples actes se rattachant à cette juridiction. Il interviendrait dans les faillites; il aurait à surveiller, à activer et à contrôler la gestion de leurs syndics.

Voilà bien des obligations à remplir. Peu d'hommes auraient assez d'activité et de capacité pour y satisfaire sans en laisser aucune partie en souffrance, et la moyenne des magistrats, — fussent-ils d'ailleurs recommandables et méritants, — trouverait probablement la charge trop lourde. Les choix ne pourraient donc porter que sur quelques sujets dans la force de l'âge, distingués, fort instruits, joignant à la rectitude du jugement une conception vive et rapide. Le délégué, à qui ces précieuses qualités seraient indispensables, les développerait d'autant mieux que toutes les affaires à in-

Digitized by Google

struire passeraient par ses mains, et il aurait bientôt acquis dans l'arrondissement une autorité sans égale.

Le substitut en aurait beaucoup aussi, puisque, pendant trois ans, l'action publique et ses redoutables initiatives lui appartiendraient.

Ces deux situations seraient sans précédents. Pour se rendre exactement compte des chances de réussite du régime qui les aurait créées, il n'est pas indifférent de déterminer : 1° quel serait le degré d'indépendance du juge président et de l'officier du parquet, par rapport aux chefs de services du tribunal dont ils auraient, l'un et l'autre, été détachés ; 2° quelle part d'attributions serait faite aux suppléants assesseurs établis dans l'arrondissement et comment ils se recruteraient; 3° quelle serait, à leur exclusion, la compétence réservée à l'élément étranger appelé à participer aux assises périodiques.

N° 1er. — *Caractères et effets de la délégation triennale.*

Lorsque deux arrondissements sont et restent distincts, il importe que pour le service de la justice, comme pour tous les autres, chacun d'eux ait une administration qui lui soit propre et ne se confonde pas avec celle d'un ressort avoisinant.

Elle serait constituée et se trouverait, en quelque sorte, personnifiée dans les deux magistrats, auxquels serait, pendant trois ans consécutifs, conférée la très-large part d'autorité dont il vient d'être donné un sommaire aperçu.

Ils ne cesseraient pas, sans doute, d'appartenir au tribunal qui les aurait fournis. L'article 2 du projet, portant : « Ils « conserveront leur rang d'ancienneté dans le tribunal voisin, « dont ils continueront à faire partie », sauvegarde en cela leur situation. Il eût été fort injuste de leur faire perdre ce rang lorsqu'ils seraient venus le reprendre après avoir accompli leur méritante et très-laborieuse mission. Mais, pendant la durée de celle-ci, ils ne doivent compter que nominalement dans le personnel judiciaire d'un arrondissement où ils ne pourraient avoir leur résidence effective. A cet égard, leur position serait, sans la moindre équivoque, ainsi caractérisée par le même article : « Un juge et un substitut du procureur

Digitized by Google

« de la République, délégués pour trois ans, par un décret « du président de la République, résideront au siége du tri- « bunal. »

Émané du chef de l'État, leur mandat aurait plus d'autorité et de durée que n'en ont généralement les délégations données, soit par un supérieur hiérarchique, soit même par un tribunal, dans les cas, assez rares, où il est appelé à désigner un de ses membres pour subvenir aux exigences d'un service temporairement interrompu[1]. En faisant dériver de la source la plus haute les pouvoirs des deux fonctionnaires ayant compétence pour faire tous actes de justice dans l'étendue de l'arrondissement, la loi témoignerait que, durant cet exercice, leur indépendance devrait être entière et complète.

Il y aurait toutefois, dans la pratique, des points embarrassants.

Le chef du gouvernement, dont les délégués tiendraient ces pouvoirs, et qui les leur renouvellerait lorsqu'ils seraient épuisés, ne saurait intervenir chaque fois que surviendrait, en l'un d'eux, une incapacité accidentelle. Qu'y aurait-il à faire en cette eventualité?

La nature, l'importance et même l'origine des attributions dont les deux magistrats seraient investis se concilieraient-elles avec un état de subordination ayant pour effet de les maintenir l'un et l'autre sous la direction des chefs dont ils relevaient auparavant? Continueraient-ils à recevoir de ceux-ci une impulsion en raison de laquelle le siége de leur administration se trouverait, de droit ou de fait, être établi au chef-lieu de l'arrondissement voisin?

Si les choses devaient se passer de la sorte, la marche du service s'en ressentirait. Plus compliquée, elle serait fréquemment entravée et toujours ralentie. Loin d'augmenter les garanties, une hiérarchie qui multiplie ses degrés n'a pas seulement pour résultats d'accumuler les communications et correspondances; elle diminue aussi les responsabilités, car elles s'amoindrissent en se partageant.

Ce sont des considérations d'un grand poids. Elles peuvent

[1] Il en est ainsi au cas prévu en l'article 58 du Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

influer sur certaines combinaisons à adopter ou sur des dispositions à introduire dans la réogarnisation qui s'élabore.

Telles seraient notamment les parties de ce travail ayant trait aux moyens à mettre en œuvre si des empêchements étaient inopinément survenus ; — à une immixtion facultative réservée au président du tribunal auquel appartiendraient les délégués ; — à celle que s'attribuerait le procureur de la République près le même siége.

I. Remplacements éventuels. — Il n'en est pas question dans le texte de la loi proposée ; mais ses auteurs ou ceux qui en interprétaient l'esprit ont voulu combler cette lacune quand ils ont écrit : « En cas de maladie ou d'empêchement « d'un des magistrats délégués, il n'y aurait pas d'obstacle « légal à ce qu'ils fussent remplacés par un autre magistrat « du même tribunal. Au surplus, le projet de loi, dans l'ar- « ticle 7, maintient l'institution des juges suppléants. Aucune « interruption de service n'est donc à redouter[1]. »

Personne ne contestera, en effet, que le plus ancien des suppléants puisse, sans même en avoir reçu mission spéciale, procéder à des actes d'excessive urgence. La justice doit toujours être représentée. Si néanmoins l'empêchement se prolongeait et si, pour assurer l'exercice des multiples attributions cumulées par un magistrat qui laisserait un si grand vide, il fallait recourir au tribunal voisin, l'usage que ferait celui-ci des voies et moyens de droit commun ne serait pas tout à fait exempt de difficultés.

Il ne saurait, par une seule et même décision, commettre un de ses membres pour exercer l'ensemble des pouvoirs faisant l'objet de la délégation primitive. Ce droit de substitution, dont use le tribunal entier lorsqu'il s'agit d'instruction criminelle[2] et qui appartient au président en matière d'ordre et de contribution[3], n'est licite, dans plusieurs autres cas, qu'en observant « l'ordre des nominations.[4] » La prohibition de l'intervertir est alors une grande gêne. L'ancienneté, qui devient l'unique régulateur, n'implique pas toujours

[1] Exposé des motifs précédemment cité.
[2] Article 58 du Code d'instruction criminelle.
[3] Article 749 du Code de procédure revisé.
[4] Articles 48 et 49 du décret du 30 mars 1808.

Digitized by Google

la réunion des conditions d'aptitude, de savoir, d'activité et de santé, à défaut desquelles la très-lourde tâche de celui qui sera le dispensateur de la justice dans tout un arrondissement ne saurait être convenablement remplie.

Quant à fractionner cette tâche et à la répartir entre plusieurs délégués, on n'y saurait songer sérieusement. Ce serait quelquefois priver, pour un temps presque indéfini, un siége judiciaire d'une trop forte partie de son personnel. Le déplacement inattendu, qui en serait fait, produirait confusion ou désordres.

On n'y est pas exposé lorsque le premier pouvoir de l'État prend une mesure et fait un choix, sur l'utilité desquels il a été préalablement renseigné par les chefs de la Cour d'appel dont les deux arrondissements ressortissent, et cette raison justifie le mode de nomination proposé pour une période triennale. N'y aurait-il pas lieu d'employer un procédé analogue pour pourvoir à un remplacement de moindre durée? Ne conviendrait-il pas de s'adresser à l'autorité la plus élevée en grade dans le ressort, c'est-à-dire au premier président ou au procureur général, selon qu'il s'agirait d'un juge ou d'un substitut? — Complément d'une disposition ainsi conçue, un règlement d'administration publique ferait plus amplement connaître les formes à observer.

II. Intervention présidentielle. — Une insolite agglomération de pouvoirs peut tourner à l'abus ou en avoir au moins l'apparence. Sans être manifestée expressément, cette appréhension perce dans le nouveau projet et dans l'exposé qui lui sert de commentaire. L'un et l'autre se sont proposé d'atténuer le mal en resserrant les liens hiérarchiques. Ils ont donné au supérieur le droit de s'ingérer, quand il le voudrait, dans les actes de juridiction et d'absorber ainsi dans sa propre compétence celle du délégué.

Ce droit lui est attribué par l'article 4 du projet où on lit : « Toutefois le président du tribunal (voisin) pourra venir présider lorsqu'il le jugera convenable. »

Pour faire d'autant mieux ressortir le caractère et le but de cette disposition, il est conseillé d'en *user surtout en matière correctionnelle*, et il en est donné pour raison « qu'il « peut y avoir quelquefois des inconvénients à ce que le « juge, qui aura instruit une affaire importante et délicate,

Digitized by Google

« soit chargé d'interroger à l'audience les témoins et le pré-
« venu[1]. »

Théoriquement l'observation est très-juste et on l'a vue à peu près reproduite dans un plus récent rapport fait au Sénat. L'abstention du délégué triennal pourrait même être également motivée chaque fois que les constatations opérées en exécution de son vaste mandat feraient présumer en lui « une idée préconçue ou un parti pris[2] ». Seulement on ne saurait se dissimuler qu'une investigation allant ainsi scruter les plus intimes replis de la conscience ne pût souvent porter à faux. Ceux qui auraient le plus d'intérêt à faire suspecter l'impartiabilité du délégué seraient des plaideurs mécontents des résultats d'un interlocutoire, des inculpés dont l'information aurait prouvé la culpabilité, leurs amis, leurs familles et peut-être aussi des complices restés inconnus. Voilà quelles influences seraient mises en mouvement pour écarter le juge le plus éclairé, le plus ferme et le plus intègre.

Elles s'agiteraient, avant même que les preuves eussent été recueillies, s'il pouvait être procédé comme semblerait l'impliquer cet autre passage de l'exposé des motifs : « Il est bien « entendu, y est-il dit, que, si le président du tribunal (auquel « appartenait le délégué) croyait devoir se transporter dans « l'arrondissement *pour y procéder à un acte de juridiction*, il « n'en serait pas empêché par la délégation que la loi fait de « ses pouvoirs au juge qui réside habituellement au siége du « tribunal[3]. »

S'il en était ainsi, la compétence serait déplacée et elle serait pleinement dévolue à ce président auquel il serait loisible, au moyen d'un simple transport, de se substituer au délégué, de prononcer lui-même sur les référés ou de rendre telles autres ordonnances qu'il croirait être utiles. On se demande s'il n'en viendrait pas à clore les procédures dont l'instruction lui paraîtrait complète et à les régler soit par une *déclaration de non-lieu à suivre*, soit par *un renvoi en police correctionnelle*. Dans l'un et l'autre cas la

[1] Exposé des motifs déjà cité.
[2] Rapport fait au Sénat le 19 décembre 1876.
[3] Exposé de motifs déjà cité.

Digitized by Google

solution ainsi intervenue constituerait indubitablement « un acte de juridiction ».

Sans même étendre à ce point la juridiction facultative du président et à s'en tenir au sens littéral de l'article 4 qui la lui aurait conférée, faudrait-il en faire découler pour ce magistrat le droit de venir, de sa propre initiative, dans l'arrondissement voisin de son siége, y présider et rendre jugement quand il estimerait devoir le faire?

Ce *summum jus* aurait peut-être des inconvénients sérieux.

Il serait, sur une moindre échelle, l'imitation d'une prérogative attribuée aux premiers présidents des Cours d'appel par l'article 1er du décret du 30 mars 1808 et par l'article 7 du décret du 6 juillet 1810. Ces deux dispositions organiques étaient beaucoup plus impératives. L'une et l'autre s'imposaient au chef de chaque Cour, comme l'accomplissement d'un devoir absolu qui, d'après la première, aurait dû être rempli « au moins une fois par semestre », et d'après la seconde « au moins une fois dans l'année ». Qu'en est-il pourtant advenu? Cette partie des attributions de la première présidence est démeurée à l'état de lettre morte. Il est notoire qu'elle « est tombée en désuétude ; elle n'a peut-être même jamais été pratiquée[1] ».

Cette inexécution s'explique par un très-louable scrupule. Nulle part le supérieur n'a voulu se prévaloir d'un texte qui était cependant bien précis, déposséder un collègue de la présidence et lui causer ainsi un froissement immérité.

Des considérations de même nature combattraient la compétence facultative du président titulaire ou en paralyseraient l'application. Elles le dissuaderaient d'en faire usage et de quitter son arrondissement pour aller, dans une autre ville, prendre possession du siége occupé par le magistrat qui y réside, et pour enlever à celui-ci la connaissance d'une affaire complétement instruite, mise par lui en état et prête à recevoir jugement.

Telle qu'elle est proposée, cette ingérence du président compromettrait la dignité judiciaire bien plus souvent qu'elle ne la protégerait.

[1] V., en ce sens, Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° ORGANISATION JUDICIAIRE, n°s 344 et suiv.

Digitized by Google

Elle mettrait en suspicion un magistrat, dont la difficile mission deviendrait presque impossible, parce que son remplacement, opéré par mesure autoritaire, donnerait prétexte à maintes insinuations fausses ou hasardées. Il serait interprété et exploité calomnieusement par la malignité locale.

Ce serait d'ailleurs un pouvoir exorbitant, car il s'exercerait, sans pondération ni contrôle, au gré de celui qui s'imposerait, quand bon lui semblerait, au tribunal et aux parties en cause. Ses arbitraires déterminations se justifieraient par ce seul motif :

« *Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.* »

Ne vaudrait-il pas mieux soumettre à certaines conditions et circonscrire dans d'infranchissables limites l'immixtion du chef du tribunal ?

Moins omnipotente, elle serait probablement d'un plus fréquent usage parce qu'elle n'éveillerait pas autant de susceptibilités et prêterait moins à la critique.

Quelques dérogations au droit commun s'expliqueraient sans doute par la position exceptionnelle faite au délégué triennal, et celui-ci, par scrupule de conscience, ne se soucierait pas toujours de rester juge d'affaires correctionnelles, civiles ou commerciales, qu'il aurait, dès avant l'audience, trop approfondies et trop élucidées pour ne par s'être formé à leur sujet une opinion. Si, pour être dispensé d'en connaître, il lui fallait se conformer à l'article 380 du Code de procédure civile, de pareils incidents, soulevés à l'ouverture des assises, occasionneraient parfois d'insolubles embarras et l'on aurait grand'peine à compléter le tribunal inopinément privé de l'un de ses membres. Un recours au président titulaire serait généralement approuvé s'il avait pour objectif de prévenir et d'empêcher d'aussi fâcheuses complications.

L'initiative de ce recours serait prise par le délégué qui croirait devoir s'abstenir. Connaissant mieux que personne les obstacles contre lesquels il aurait eu à lutter pour parvenir à la découverte de la vérité, il apprécierait si l'activité ou la persistance de ses recherches et la conviction qu'elles auraient produite en lui ne lui permettraient plus de tenir la balance égale. S'en rapporter à lui serait donc le parti le plus sage.

Digitized by Google

Ce fut celui qui prévalut, dans des circonstances analogues, lors de la loi du 17 juillet 1856 : « Il faut, fut-il dit au « sein de la commission, s'en rapporter à la conscience du ma- « gistrat qui a le sentiment des devoirs élevés que la loi lui « confie. Quand un juge d'instruction viendra siéger, c'est « qu'il sentira en lui-même cette irrésolution salutaire, que « peut laisser la connaissance préalable des faits et qui per- « met de porter un jugement honnête et libre sur la réalité « définitive du délit[1]. »

En toute autre matière, les mêmes réflexions serviraient de guide. La dignité de l'inférieur serait sauvegardée, car ce serait *sur sa propre demande* qu'il serait valablement remplacé par le magistrat plus élevé en grade, auquel il aurait *spontanément* soumis ce que sa position pourrait avoir quelquefois de délicat ou d'embarrassant. Il le ferait lors même qu'il ne serait pas exposé à récusation pour un des motifs que l'article 378 du Code de procédure civile a prévus.

Si, à défaut d'abstention volontaire, il était récusé par l'une des parties pour une des causes spécifiées dans cette disposition, la gravité de l'incident justifierait aussi l'intervention du président titulaire et sa participation à tous les jugements que nécessiterait la procédure à suivre en pareil cas.

Telles seraient, à notre avis, les deux hypothèses où cette intervention serait vraiment utile et bienfaisante. Les restrictions qui lui seraient ainsi apportées nous sembleraient de beaucoup préférables à l'extension presque indéfinie que lui donnerait le second paragraphe de l'article 4 du projet. Ne pourrait-il pas être amendé en ce sens et avantageusement modifié

III. Exercice de l'action publique. — Pour lui imprimer la vigueur et la célérité dont dépend la sécurité de l'arrondissement, il importerait d'établir, au chef-lieu qui en est le centre administratif et judiciaire, un officier du parquet réunissant les nombreuses attributions coordonnées à cet effet par le Code d'instruction criminelle. Le projet, qui y pourvoit par la délégation d'un substitut, porte : « Il exercera toutes « les fonctions du ministère public. »

[1] V. rapport de M. Nogent Saint-Laurens sur le projet qui fut voté le 17 juillet 1856.

Digitized by Google

A supposer cette disposition votée sans que rien y eût été changé ni ajouté, d'intéressantes questions resteraient à résoudre. — Le chef du parquet, auquel le substitut appartenait avant d'avoir reçu sa délégation, participerait-il, quand il le voudrait, aux pouvoirs qu'elle aurait conférés à celui-ci? — Aurait-il la haute main sur tous actes d'administration et de poursuite? — Devrait-il, au contraire, y demeurer étranger?

De ces trois façons d'agir, la première serait la plus défectueuse.

Il est vrai que, dans l'exposé des motifs, on lit : « Le procureur de la République pourra faire par lui-même tous « les actes que son substitut est plus directement chargé d'ac- « complir dans l'étendue de l'arrondissement. » Le droit d'y procéder concurremment semblerait leur être ainsi reconnu, et il produirait, suivant l'usage qu'ils en auraient fait, des actes se prêtant un mutuel appui et d'autres qui se contrecarreraient et s'entraveraient réciproquement. Cette dernière hypothèse n'est malheureusement pas la moins probable : les premiers éléments de preuves recueillis laissent souvent un vaste champ ouvert aux conjectures. Des investigations dont l'utilité n'aurait pas été douteuse, aux yeux du magistrat qui centraliserait le service dans l'arrondissement, seraient quelquefois, au dehors, très-différemment appréciées. Ces contradictions et les oscillations en résultant nuiraient à la manifestation de la vérité.

Pour exclure d'aussi fâcheux antagonismes, refusera-t-on au substitut les pleins pouvoirs dont son chef serait seul investi? — C'est ce que donne à entendre un autre passage du même exposé où il est dit : « Le substitut exercera dans l'ar- « rondissement, *sous l'autorité de son chef immédiat*, les fonc- « tions du ministère public. »

Si les difficultés changeaient ainsi d'aspect, elles ne seraient pas moindres. Il y en aurait de plusieurs sortes.

La direction des informations et poursuites serait gênée dans ses allures, en tant qu'elle serait confiée au délégué dont les pouvoirs se trouveraient ainsi fort restreints. La dépendance dans laquelle il serait tenu ne l'empêcherait pas, sans doute, de prendre les mesures urgentes ou par lui jugées telles. Il aurait, sous ce rapport, une beaucoup plus grande latitude d'appréciation qu'il n'en est, en cas de fla-

Digitized by Google

grant délit, abandonné exceptionnellement aux simples magistrats auxiliaires [1]. Mais si, les ayant sous ses ordres, il lui appartenait de les mettre en mouvement ou d'utiliser leur concours, de les surveiller et de faire converger leurs efforts vers un but commun, l'obligation où il serait d'en référer à un supérieur fonctionnant à distance, d'attendre ses instructions et de modifier le premier cours imprimé aux recherches, si cela lui était prescrit, occasionnerait bien des lenteurs et ferait parfois naître en lui des hésitations regrettables.

Ce supérieur, de son côté, n'aurait pas, par rapport à lui, l'omnipotence qui convient aux chefs de parquets. Ceux-ci étant maîtres de répartir, entre leurs subordonnés attachés à un même siége, les travaux auxquels ils entendent les faire coopérer, n'éprouvent aucun embarras lorsqu'il survient avec l'un d'eux quelque dissentiment sur la conduite ou sur les suites d'une affaire. Il la retirent à celui de leurs substituts qui ne s'est pas rallié à leur opinion, tracent eux-mêmes la voie à suivre, ou en chargent un autre collaborateur qu'ils savent adhérer à leurs vues. S'ils ont donné une délégation, ils ne la maintiennent qu'autant qu'elle est exécutée à leur entière satisfaction.

La situation ici prévue est tout à fait dissemblable. Ce ne serait pas du procureur de la République que le délégué tiendrait son mandat. Le décret qui le lui aurait conféré ne permettrait pas de le lui retirer, pour lui substituer un de ses collègues. A supposer que son chef fût autorisé à prendre sa place, ce serait souvent au détriment de son propre service et il serait forcé de le délaisser quand il interviendrait personnellement.

Les inconvénients de ces déplacements les rendraient fort rares et le magistrat inférieur aurait, — s'il tenait l'audience, — la faculté de soutenir et faire prévaloir une opinion tout opposée à celle qui se serait imposée à lui par voie d'autorité pendant l'information. Parvenu à cette dernière phase de la procédure, sa parole est libre; il n'a plus de concessions à faire. « Il devient l'homme de la justice et les ordres supé-« rieurs ne règlent plus ses conclusions [2]... » Il ne saurait

[1] V. le chapitre v du livre Ier du Code d'instruction criminelle.
[2] M. Treilhard (séance du Conseil d'État du 16 octobre 1804). V., dans le

Digitized by Google

même, sans abdiquer toute dignité, sacrifier cette légitime et nécessaire prérogative.

La législation qui la lui garantit est bien coordonnée dans toutes ses parties, et il faut mettre beaucoup de réserve aux innovations ou modifications que l'on y introduit. Elle veut qu'en chaque arrondissement l'action publique ait un moteur et un organe indépendant [1].

Elle place au-dessus de lui le procureur général qui, étant soumis lui-même au contrôle du ministre, reçoit avis des poursuites, leur donne impulsion et y coopère [2].

Il rectifie leurs déviations, mais c'est par des moyens légaux, et il ne lui est pas permis de les outre-passer. Près de lui siége une section de la Cour d'appel instituée pour réformer les décisions erronées, s'il en intervient pendant l'instruction ou lors de sa clôture. Tout redressement est ainsi rendu facile [3].

A quoi servirait un pouvoir intermédiaire? — Médiocrement utile, il compliquerait et gênerait, en bien des cas, un agencement que l'expérience a justifié.

La disposition, qui conférerait au substitut la plénitude des attributions du procureur de la République, aurait donc pour conséquence naturelle et logique d'interdire l'immixtion de celui-ci. Mieux que les deux autres, ce troisième système concorderait avec les règles les plus essentielles et avec une saine pratique de l'institution.

Il n'est pourtant pas exempt d'inconvénients et ils se révéleront à l'épreuve. — Si le fonctionnement d'un parquet et ses exigences si diverses incombent à une seule personne, le moindre empêchement, dont elle sera atteinte aura de la gravité. La coïncidence de plusieurs faits délictueux survenus simultanément, comme cela se voit dans les arrondissements les moins populeux, imposera à ce magistrat unique

même sens, réquisitoire de M. Merlin et arrêt de cassation du 14 pluviôse an XII.

[1] Cette indépendance du magistrat du parquet l'autorise à proposer, à l'audience, « comme organe de la loi, le rejet de la demande formée par lui-même comme agent de la Société ». V. autorités citées *suprà*.

[2], [3] Ces principes sont plus amplement développés dans la *Revue critique*, année 1867, p. 424 et suiv.

Digitized by Google

des obligations, auxquelles il ne pourra satisfaire, s'il ne trouve, dans un des juges suppléants, un concours intelligent, actif et dévoué. La fréquence et l'efficacité de la coopération qu'il en doit attendre seront dès lors des conditions dont le législateur aura aussi à se préoccuper.

Sur ce point encore il rencontrera des raisons de douter. Le nombre et la valeur des éléments judiciaires diminueront presque infailliblement dans les chefs-lieux où il n'y aura plus de tribunal en permanence. Cette probabilité donne à réfléchir et certaines statistiques seraient utilement consultées, car ce sont des questions de fait plutôt que de droit.

Les considérations générales, qui seront plus amplement traitées sous le numéro suivant, pourront, sous ce rapport, avoir quelque intérêt et n'être pas sans influence sur la solution.

N° 2. — *Personnel sédentaire.*

La mission des deux magistrats, délégués pour trois ans, serait, à tous moments, interrompue ou paralysée dans son exécution, elle deviendrait même impossible, s'il n'y avait, dans la ville où ils exerceraient ces fonctions temporaires, un personnel à résidence fixe, toujours prêt à les remplacer lorsqu'il en serait besoin ou à les assister. — Quelle serait l'importance des travaux auxquels participeraient ces suppléants? — Comment seraient-ils choisis, maintenus ou renouvelés en nombre suffisant pour assurer le service? — Ces deux questions s'offrent à l'étude, et il faut en avoir fait un mûr examen pour savoir si la réorganisation projetée est vraiment viable.

I. Coopération des juges suppléants. — Elle a beaucoup varié depuis la loi organique du 27 ventôse an VIII qui l'avait ainsi caractérisée (art. 12) : « Les suppléants n'auront point « de fonctions habituelles; ils seront uniquement nommés « pour remplacer momentanément, selon l'ordre de leurs « nominations, soit les juges, soit les commissaires du gou- « vernement. » Le sens naturel de cet article était que, si un juge se trouvait subitement empêché ou « si le ministère « public n'était pas représenté par son organe ordinaire, à « l'instant où commenceraient les plaidoiries, le président

Digitized by Google

« commettrait un juge suppléant présent à l'audience [1] », afin de remplir l'un ou l'autre vide. Les limites de cette participation *momentanée* à l'œuvre de la justice ont été ainsi indiquées au cours d'ultérieurs débats parlementaires. «.... D'après la loi interprétée dans le sens rigoureux de « ces termes, vous ne pouvez requérir le juge suppléant que « momentanément pour porter la parole à l'audience. Vous « ne pouvez pas exiger de lui un service continu dans l'in- « térieur des parquets [2]. » La même raison eût fait obstacle à ce qu'il fût absorbé par l'un des travaux *continus* afférents à la magistrature assise. Voilà pourquoi il n'y a pas d'incompatibilité entre la profession d'avocat et la suppléance. Les règlements qui l'ont déclaré [3] remontent au temps où celle-ci se réduisait à une assistance purement accidentelle.

D'autres tendances avaient été manifestées par la loi du 11 décembre 1830, et elles l'ont été plus encore par des dispositions édictées les 17 juillet 1856 et 21 mai 1858 concernant l'instruction criminelle et les procédures d'ordre [4]. Mais ces déviations sont critiquées comme ayant altéré l'institution primitive. Parmi les projets qui ont surgi en 1871, le mieux coordonné voulait y revenir en partie, car il disposait : « Les suppléants ne peuvent être chargés de l'instruction [5]. » Sans être aussi précise, la dernière proposition les en exclut implicitement.

L'assimilation des suppléants aux magistrats en titre n'est donc pas approuvée sans réserve. Elle a même été, à certaines époques, attaquée avec une extrême violence et a servi de prétexte pour contester l'indépendance des décisions auxquelles les premiers auraient concouru. Dès l'année 1841 s'entretenaient ces regrettables polémiques et un discours du ministre de la justice y faisait allusion. « Si l'on « considère, y était-il dit, les suppléants comme des magis- « trats qui n'ont pas acquis une complète expérience et

[1], [2] Discours de M. Mérilhon, commissaire du roi lors de la discussion de la loi du 11 décembre 1830.

[3] Article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822.

[4] La première de ces deux lois autorisait la désignation d'un juge suppléant pour le service de l'instruction et la seconde pour celui des ordres.

[5] Proposition faite par M. Bérenger à l'Assemblée nationale le 14 juin 1871, art. 30.

Digitized by Google

« dont l'éducation spéciale n'est pas terminée, les citoyens, « sur les intérêts desquels ils sont appelés à prononcer, peu- « vent craindre de ne pas obtenir bonne justice. — Si, « malgré la qualification qui leur est donnée, les suppléants « sont supposés avoir une instruction égale à celle des juges « titulaires, n'est-il pas possible que des soupçons d'une « autre nature naissent dans l'esprit des plaideurs[1] ? »

Trop facilement acceptée par des esprits prévenus, ces injustes soupçons se propageraient s'ils étaient, comme on peut le craindre, exploités par ceux qui, dans un but de nivellement et de désordre, s'appliquent à discréditer les institutions et les corps judiciaires.

Sans subir la pression de ces systématiques attaques, gouvernement et législateurs ne sauraient les dédaigner tout à fait ni même se dispenser d'en tenir compte. Ils apprécient les mérites d'un personnel désintéressé autant qu'honorable; ils ne le laisseront pas inactif; mais il ne faudrait pas non plus le surcharger; ce serait tomber dans l'excès contraire.

Pour s'en prémunir et garder une exacte mesure, il serait à propos de supputer, au moins approximativement, quel surcroît de travaux s'imposerait à ces utiles auxiliaires dans l'hypothèse où la nouvelle organisation serait adoptée et mise en vigueur. Les éléments de cette supputation consisteraient à déterminer, en moyenne, ce qu'il y aurait d'audiences à tenir dans l'intervalle des sessions et à apprécier s'il n'y aurait pas, en outre, à remplacer, isolément, soit l'un, soit l'autre des deux délégués, lorsque la multiplicité des actes rentrant dans l'exercice de leurs attributions produirait un encombrement presque inévitable.

Deux suppléants seraient strictement nécessaires pour composer, sous la présidence du juge triennal, le tribunal qui aurait à prononcer sur les causes urgentes. L'exposé des motifs en donne une idée fort incomplète en supposant qu'il s'agira « le plus souvent d'ordonner des mesures con- « servatoires[2] ». Il y aura évidemment beaucoup d'autres éventualités réclamant une solution trop prompte pour pou-

[1] Présentation, faite par le garde des sceaux à la Chambre des pairs de la loi qui y fut votée le 6 mars 1841.

[2] Exposé des motifs du projet actuel.

Digitized by Google

voir être ajournée jusqu'à l'ouverture des assises périodiques.

Si elles étaient bimensuelles, comme le donnerait à entendre un des passages précédemment cités[1], il y aurait juste motif pour déférer à la juridiction sédentaire toute affaire qui, pendant la période intermédiaire de treize à quatorze jours, se trouverait en état d'être jugée et ne pourrait tarder à l'être sans détriment pour l'une des parties.

Ce préjudice n'est pas toujours de même nature; il varie suivant la diversité des litiges et des intérêts qui y sont engagés; mais il n'en est pas moins réel.

Il existe, en matière correctionnelle, lorsque le retard apporté à la décision a pour effet de maintenir un inculpé en état d'arrestation préalable. Justifiée par l'intérêt social, cette rigueur est *essentiellement fâcheuse*, a dit un publiciste célèbre : « La prison doit n'avoir lieu précisément qu'autant de temps qu'elle est nécessaire[2]. » Le précepte ainsi formulé a, par de généreuses innovations graduellement pénétré dans nos Codes[3].

Par suite de l'impulsion imprimée à l'action publique, beaucoup d'affaires seraient prêtes à recevoir jugement avant l'époque où siégeraient les juridictions intermitentes. C'est en cela surtout qu'elles pèchent, et les plus ardents promoteurs des *assises correctionnelles*[4] ne paraissent pas s'être dissimilé la gravité de l'objection.

Pour demeurer convaincu de l'insuffisance de sessions, qui seraient échelonnées de quinzaine en quinzaine, il suffirait de compulser les statistiques de la justice criminelle et particulièrement celles afférentes à l'année 1874 dont M. le

[1] La tenue des assises est, d'après le même exposé, présumée avoir lieu « toutes les deux semaines par exemple ». Si elles étaient plus fréquentes, il serait difficile de les concilier avec les exigences du service du tribunal qui déléguerait deux de ses membres pour servir d'assesseurs.

[2] Beccaria, *Traité des délits et des peines*, § 19.

[3] Voir notamment les modifications apportées au Code d'instruction criminelle par la loi du 14 juillet 1865.

[4] Le projet d'organisation des *assises correctionnelles*, déposé le 18 janvier 1877, fait (article 2) exception pour les flagrants délits dont les inculpés « seront, y est-il dit, immédiatement amenés à l'audience du tribunal correctionnel qui les jugera séance tenante..... »

Digitized by Google

garde des sceaux vient de faire publier le résumé officiel[1].

Il y est constaté que les affaires, jugées *dans les trois jours du délit*, ont atteint le chiffre de 22,574 (14 p. 100 du relevé total). Cette louable célérité a encore été dépassée en Algérie où, nonobstant bien des difficultés d'exécution, il y a eu 1,375 poursuites (27 p. 100) expédiées avec la même promptitude. De ces documents authentiques il résulte aussi, qu'en dehors des cas où le flagrant délit autorise à procéder conformément à la loi du 20 mai 1863, il a été jugé, en France, 18,950 instances correctionnelles (11 p. 100) dans un délai *de quatre à huit jours* et 35,725 (21 p. 100) dans un délai *de neuf à quinze jours*, à partir de la perpétration du fait délictueux[2].

Cette salutaire rapidité ira croissant. L'exemple donné, dans les arrondissements où l'on a le plus abrégé les détentions préventives, se recommande à l'imitation, car il constitue le plus important des progrès déjà réalisés ou qui sont en voie de l'être.

Une innovation qui les entraverait, de façon plus ou moins directe, susciterait de légitimes réclamations; on ne peut donc se passer d'un corps, établi à demeure et sur place, avec compétence pour statuer correctionnellement.

Sans être commandé par des considérations aussi impérieuses, le prompt écoulement des procès civils intéresse la partie de la population sur laquelle s'étend surtout la sollicitude de la loi. Un retard d'une ou de deux semaines est à peu près indifférent à l'homme riche : il est très-préjudiciable et quelquefois ruineux pour les familles qui vivent de leur travail quotidien. Elles n'ont pas d'épargnes et, après avoir épuisé leurs minces ressources, elles en sont souvent réduites à emprunter la somme qu'elles déposent, à titre de provision, dans l'étude de leur avoué. Avec quelle impatience n'attendent-elles pas le gain d'un procès qui leur procurera les moyens d'éteindre les dettes ainsi contractées! Si la décision de justice se fait trop attendre, elle cesse d'être un bienfait.

[1], [2] « Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1874, présenté au président de la République par le garde des sceaux... » (*Journal officiel*, 12 octobre 1876.)

Digitized by Google

Observons enfin que, dans les ressorts judiciaires des deux dernières classes, les tribunaux civils sont généralement substitués à la magistrature consulaire. Près des deux tiers des affaires dont ils sont saisis étant commerciales, sont d'une extrême urgence; peut-être même le sont-elles surtout dans les petites localités, dont le négoce peu prospère s'entretient communément à l'aide d'un mouvement de fonds fort restreint. Dans ces conditions, une rigoureuse exactitude doit présider aux recouvrements. Le crédit est presque nul et une attente de quelque jours peut être fatale.

A cet égard encore, les statistiques fournissent des renseignements qui ne sont pas à négliger. Le nombre des faillites s'accroît d'année en année, et les contrées les moins populeuses n'en sont pas exemptes [1]. Les tableaux dressés pour l'exercice de 1874 le font présumer, car, dans le relevé du *montant des passifs*, on en voit figurer 333 dont le chiffre est de 5,000 francs ou au-dessous, et 584 dans les limites de 5 à 10,000 francs [2]. Pour beaucoup de ces entreprises avortées sans avoir pris de développement, la cessation des payements aura été déterminée par quelques traites impayées et, en certains cas, il aurait suffi, pour empêcher la catastrophe, d'activer les encaissements par des exécutions faites à propos.

Tout bien considéré, les tribunaux qui tiennent deux audiences par semaine, sans avoir un rôle assez chargé pour leur donner la durée réglementaire, remplissent ainsi un de leurs devoirs les plus essentiels en ce qu'ils ne laissent s'arriéreraucune affaire. Accoutumés à voir la décision intervenir aussitôt après la mise en état de leurs procès, les justiciables goûteraient fort peu un changement de régime, s'ils n'avaient d'une session à l'autre des moyens assurés d'obtenir jugement.

Pour leur en procurer, l'article 7 du projet dispose : « Des « sessions extraordinaires pourront, s'il y a lieu, être « ouvertes en vertu d'une ordonnance du premier président « de la Cour d'appel. » Mais ce magistrat n'aurait jamais recours à l'expédient ainsi autorisé sans s'être préalablement

[1], [2] Rapport sur l'administration de la justice civile et commerciale en France (*Journal officiel* du 27 novembre 1876). M. le garde des sceaux, en constatant la progression continue des faillites, fait observer « qu'elles atteignent aujourd'hui le chiffre le plus élevé qu'ait jamais donné la statistique. »

Digitized by Google

fait renseigner sur la situation qui le nécessiterait, et sans avoir en outre acquis la certitude que le déplacement de deux assesseurs, en survenant à l'improviste, ne désorganiserait pas le service du tribunal dont ils seraient détachés. Une détermination, motivée sur des rapports venus de deux chef-lieux judiciaires différents et sur des appréciations qui souvent ne concorderaient pas entre elles, ne donnera pas toujours à des intérêts urgents une satisfaction complète.

En dehors des audiences, il peut y avoir aussi insuffisance toute fortuite de personnel et cause momentanée d'encombrement.

L'administration de la justice est une de celles dans lesquelles il convient de faire large part à l'imprévu. Il suffirait que le juge ou le substitut eussent été, ensemble ou séparément, appelés par les devoirs de leurs charges dans un canton distant de quelques lieues pour qu'une constatation à faire, une preuve à recueillir, un parti à prendre, une solution nécessaire fussent retardés et que la vérité échappât, faute d'avoir été recherchée à temps opportun.

Il doit donc se trouver toujours au centre judiciaire quelqu'un pour répondre aux réclamations, user d'une prompte et intelligente initiative et faire des actes impliquant indépendance de caractère, sûreté de coup d'œil, résolution ferme et connaissance approfondie du droit.

Dans les arrondissements où s'opérerait la réorganisation, les suppléants offriraient-ils assez de garanties, sous le rapport de la capacité, de l'expérience et du savoir? Voilà ce dont il y aurait surtout à s'enquérir avant de tenter un essai peut-être hasardeux.

II. Composition et renouvellement de ce personnel. — Le diplôme de licencié est une justification incomplète des qualités et aptitudes que doit avoir un suppléant. S'il est sorti du corps des avoués des sujets très-recommandables, le nombre en a toujours été restreint parce que celui des offices est lui-même strictement limité et maintenu en rapport exact avec le courant des affaires. Absorbés par leurs devoirs professionnels, leurs titulaires auraient peu de loisirs à consacrer à l'exercice de leurs attributions judiciaires s'il leur en était donné par surcroit.

Le barreau est la féconde pépinière d'où provient cette magistrature auxiliaire et qui la renouvelle incessamment.

Digitized by Google

Il est aussi le meilleur *criterium* de la valeur scientifique et pratique qui détermine les plus heureux choix.

Cette vérité n'a jamais été contestée et elle donne quelque à-propos à des assertions qui ne l'ont pas été non plus. Émises il y a cinq ans, elles étaient appuyées de chiffres très-faciles à vérifier et ils se rapportaient précisément aux circonscriptions territoriales où fonctionneraient les juridictions que l'on voudrait maintenant reconstituer. « Dans quarante-cinq « de ces tribunaux, écrivait M. Bérenger, il n'y a pas d'avo- « cats. Dans cent cinq autres, aucun stagiaire ne se dispose « à recueillir la succession de ceux qui y exercent actuelle- « ment[1].» Un aussi inquiétant symptôme était signalé comme devant faire graduellement « passer presque partout la plai- « doirie entre les mains des avoués[2] ».

La mise en vigueur de la loi en préparation contribuerait à éloigner l'avocat des villes où il serait forcément inoccupé pendant le laps de temps qui s'écoulerait d'une session à l'autre. Un juriste ou un praticien expérimenté, instruit, vraiment capable, ne se content eraitpas de ces rares périodes de travail. Elles dureraient fort peu si les prévisions du rédacteur de l'exposé des motifs se réalisaient, car il estime « qu'en général les juges qui viendront du tribunal voisin « *n'auront pas à séjourner plus d'un jour hors de leur domi-* « *cile*[3]. » Dans l'intervalle, l'inaction pèserait à l'homme laborieux; le découragement s'ensuivrait et lui ferait quelquefois abandonner une ingrate profession.

Les mieux doués se fixeraient dans un centre où elle serait plus lucrative et où, trouvant plus d'occasions de plaider, ils auraient ainsi les moyens de fortifier, étendre et développer leur instruction juridique. Ils s'y feraient inscrire au tableau de leur ordre, sauf à revenir, à l'époque des assises, passer un ou deux jours dans leur ancienne résidence.

Ne l'habitant plus, ils n'y pourraient siéger ni fonctionner comme suppléants. Par une singulière coïncidence la loi qui, grandissant le rôle de ceux-ci, rendrait leur concours d'autant plus nécessaire, aurait indirectement pour effet de réduire, sinon de tarir l'unique source par laquelle l'insti-

[1], [2] Exposé des motifs du projet déposé à l'Assemblée nationale le 24 juin 1871.

[3] Exposé des motifs de la proposition présentée le 15 novembre 1876.

Digitized by Google

tution se fût alimentée et eût été maintenue au niveau de ses obligations sensiblement accrues.

Notre magistrature n'a plus toutes les ressources que lui eût procurées son organisation première par un ensemble de dispositions concernant les fonctions gratuites. L'auditorat créé par la loi du 20 avril 1810, étendu et réglementé par le décret du 18 août suivant, par celui du 22 mars 1813, par les ordonnances des 19 novembre 1823 et 11 février 1824, a parcouru des phases diverses à la suite desquelles il a fini par être aboli. Il serait superflu de discuter les causes de cette suppression[1], mais elle a eu lieu, personne ne l'ignore, dans la ferme persuasion que le barreau fournirait amplement des candidats aux suppléances attachées à chaque siége. C'était la condition *sine qua non;* c'est encore le point sur lequel publicistes et jurisconsultes demeurent d'accord.

La situation qui, dans plusieurs parties du territoire, menace l'existence même du corps où se recrutent les suppléants, ne saurait être sans influence sur l'adoption ou le rejet d'un plan de réorganisation qui rendrait l'ingérence de ces derniers absolument indispensable. Si bien coordonné qu'il fût d'ailleurs, son application serait impossible si l'un des rouages essentiels à sa mise en œuvre faisait ainsi défaut.

N° 3. — *Personnel ambulant.— Conflits éventuels de compétences.*

Une des principales combinaisons, sur lesquelles repose le nouveau projet, consisterait à faire venir de l'arrondissement voisin deux assesseurs qui, complétant le tribunal à époques fixes, en formeraient la majorité.

Leur aptitude ne serait pas douteuse puisqu'ils seraient en fonctions dans un siége égal en importance, sinon supérieur à celui où ils viendraient temporairement tenir audience. Quant à leur désignation, qui résulterait d'un roulement opéré

[1] La loi du 10 décembre 1830, les opérations préliminaires et les discours qui en ont révélé l'esprit, impliquaient la volonté persistante d'utiliser les juges suppléants et de combler ainsi les vides résultant de l'extinction de l'auditorat. Toutes les propositions qui, depuis lors, se sont succédé, ont témoigné de l'impérieuse nécessité d'avoir, dans chaque siége, des magistrats non rétribués, en nombre suffisant pour tenir lieu des titulaires quand ceux-ci feraient défaut. La loi projetée par M. Bérenger et déposée le 24 juin 1871 eût réservé (art. 82) les suppléances aux seuls avocats. C'était implicitement reconnaître qu'il n'y aurait pas de candidats ayant aptitude pour remplir ces fonctions dans les villes dont le barreau aurait disparu.

Digitized by Google

dans la forme usitée, elle ne comporterait aucun arbitraire. A l'un et à l'autre point de vue, le système proposé est ou paraît irréprochable.

Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse être accueilli avec une défaveur imméritée et se heurter, dans la pratique, à des difficultés de diverses sortes.

Quelques-unes seront suscitées par un patriotisme de clocher, qui est d'ordinaire irréfléchi, étroit, exclusif et très-vivace. L'exposé des motifs, auquel de nombreuses appréciations ont été déjà empruntées, en contenait, à ce sujet, de fort justes. En signalant « l'émotion que soulèverait, dans les villes menacées, la perspective du tribunal supprimé [1] », il ne s'apitoyait pas seulement sur le sort des familles directement atteintes par la mesure radicale qu'il combattait, sur celui des magistrats subissant une retraite anticipée, des avocats voués à l'inaction « et du personnel si nombreux qui vit de la justice [2] ». Ces intérêts, que le projet actuel cherche à ménager, se confondaient avec celui de la cité. On insistait sur la nécessité d'user aussi de ménagements envers « tous « ces habitants paisibles, amoureux de leur petite ville, ja- « loux de tous ses priviléges et flattés dans leur amour- « propre local autant qu'aidés dans la location de leurs im- « meubles, par la présence d'un tribuual, ce tribunal fût-il « une sinécure. »

Exagération d'un sentiment louable, *cet amour-propre local* a des susceptibilités dont il convient, en effet, de tenir compte. L'aurait-on fait suffisamment, et tout froissement serait-il évité par l'expédient qui aurait conservé au ressort judiciaire son autonomie, lui aurait laissé ses études d'avoués et d'huissiers et n'aurait pas changé l'affectation de l'édifice où se trouveraient le greffe, le parquet et la salle habituellement déserte qui, deux ou trois fois par mois, servirait à la tenue des audiences? — L'habitant, *amoureux de sa petite ville et jaloux de tous ses priviléges*, ne regrettera-t-il pas le séjour continu du corps judiciaire qui vivait dans ses murs, et ne se sentira-t-il pas blessé de la venue périodique des délégations, surtout si elles sont considérées comme plaçant son tribunal dans un état d'infériorité par rapport à celui dont elles auront été tirées?

[1], [2] Exposé des motifs de la proposition du 15 novembre 1876.

Digitized by Google

Entre arrondissements contigus s'entretient souvent un regrettable antagonisme; il se raviverait si l'un d'eux était privé d'avantages dont l'autre continuerait à jouir. L'inégalité, — ne fût-elle qu'apparente, — susciterait mécontentements et récriminations.

Un de leurs plus fâcheux résultats serait d'établir, dans la ville qui se croirait sacrifiée, une démarcation entre trois éléments fort distincts appelés à participer à l'administration de la justice.

Les suppléants, — à supposer que l'on parvînt à les constituer de façon convenable et à peu près satisfaisante, — seraient nécessairement pris dans la localité. Ils en représenteraient l'esprit et seraient parfois accessibles aux courants d'idées qui s'y seraient produits.

A l'inverse, les deux assesseurs, venus du dehors et renouvelés annuellement, y séjourneraient à peine et n'auraient que de très-rares contacts avec la population. Ce serait l'élément étranger.

N'y aura-t-il pas des litiges dont l'issue dépendra de la composition du tribunal et différera suivant qu'aura prédominé le personnel sédentaire ou l'assessorat délégué? Dans ces conditions, une partie voudra faire statuer hors session; une autre préférera attendre. Les officiers ministériels, dont l'intérêt n'est pas toujours entièrement conforme à celui des justiciables, ne prendront-ils pas leurs mesures pour hâter ou pour retarder la solution, afin d'avoir des juges qu'ils croiront être mieux disposés pour leurs clients ou pour eux-mêmes?

Cette situation aurait quelque chose d'anormal et pourrait assez fréquemment être le mobile, soit des *allégations d'urgence*, soit des contradictions qui leur seraient opposées.

Par qui seraient appréciés les cas douteux? — En pareilles matières, l'opinion du président prévaut presque toujours et, à ce titre, celle du délégué triennal qui en ferait fonctions serait d'un très-grand poids.

Il formerait, d'ailleurs, avec le substitut, une sorte d'élément mixte, appartenant à l'un des deux siéges judiciaires par son origine, à l'autre par sa résidence. Sa légitime influence serait d'autant plus considérable.

On ne saurait néanmoins se dissimuler que la faculté de renvoyer une affaire à la prochaine session ou de la retenir

Digitized by Google

et juger pendant le temps intermédiaire avec l'assistance des suppléants, placerait le magistrat, qui en userait presque sans contrôle, dans une position assez délicate. Ayant attribution pour présider dans l'une et l'autre occurrence, il se trouverait en outre avoir eu, indirectement, le choix plus ou moins réfléchi de ses assesseurs.

Quelque consciencieuse et légale qu'ait été sa détermination, ne fournirait-elle pas prétexte pour lui supposer l'arrière-pensée de s'adjoindre les plus complaisants et de se rendre ainsi le maître de la décision à intervenir? Ce sont des insinuations que répand et propage un plaideur malheureux pour expliquer son insuccès. La justice perd ainsi de son prestige.

Il s'est amoindri toutes les fois qu'elle a été rendue par un juge unique. L'essai en a été quelquefois tenté[1]; il n'a jamais réussi, et l'auteur de la proposition du 15 novembre était trop sage pour le renouveler[2]. La combinaison qu'il a préférée vaut beaucoup mieux, et cependant elle a aussi ses points vulnérables.

La multiplicité des pouvoirs réunis et condensés entre les mains d'une seule personne est à la fois une nécessité et une anomalie. Ce double caractère se retrouve dans la plupart des déductions à tirer d'une situation tout à fait exceptionnelle et qui a deux écueils.

La prépondérance du magistrat chargé de tout le service d'un arrondissement est salutaire. La lui retirer ou la diminuer, au cours de la période préparatoire durant laquelle il se voue à l'instruction des procédures civiles ou criminelles, serait trop souvent le réduire à l'impuissance, arrêter les utiles rouages qu'il fait mouvoir, enrayer l'administration dont il est, pour ainsi dire, la cheville ouvrière. Au grand détriment des intérêts publics et privés, il perdrait une partie de ses moyens d'action.

Il serait également regrettable de les exagérer et d'en tirer parti pour dominer et absorber à l'audience les collègues qu'il se serait donnés. L'opinion s'alarmerait de ce qui, à raison ou à tort, serait ainsi interprété.

[1] L'unité de juge en première instance avait été essayée en Algérie par l'ordonnance royale du 18 août 1834 ; il en restait trace dans celle du 28 février 1841. Il y fut renoncé lors de la réorganisation du 26 septembre 1842.

[2] L'exposé des motifs de la proposition actuelle désapprouve formellement l'institution « du juge unique imposé aux justiciables ».

Digitized by Google

La rassurer sera probablement une des préoccupations du législateur, s'il agrée, dans sa contexture générale et dans son ensemble, le projet dont il vient d'être saisi.

Sans nous autoriser à présager ce qui sortira de ces futurs débats parlementaires, le passé n'a pas été favorable aux tendances novatrices. Les retentissantes discussions de 1872 sont restées sans résultats. A une autre occasion on rappelait ces jours derniers, à la tribune de la Chambre haute, que *changer n'est pas améliorer* et que, *sous ce prétexte, on désorganise*[1]. De sages esprits sont, en effet, tenus en défiance par la fréquence et la diversité des élucubrations qui se succèdent coup sur coup. Mais celle-ci méritait d'être étudiée : en réveillant une controverse épuisée, elle la portait sur un terrain nouveau et mettait en présence deux opinions bien tranchées.

L'une est entrée résolûment dans la voie des réductions et croit pouvoir en opérer encore dans la magistrature. L'autre s'y refuse; elle n'exclut pas absolument *les modifications et les réformes*, mais elle affirme qu'après les retranchements déjà subis, l'effectif judiciaire est à peine suffisant; elle fait, dans un récent rapport au Sénat[2], allusion aux dernières propositions, et elle pose ainsi son programme : «.....Il est « évident qu'elles (les modifications et réformes) se traduiront forcément par une augmentation et non par une diminution du nombre des magistrats. Est-ce bien le moment « de parler de réduction[3] ? »

N'anticipons pas sur les développements qui seront donnés dans l'enceinte législative à des courants d'idées fort opposés, sur les incidents à prévoir, sur les transactions qu'ils amèneront peut-être ! Il est à présumer que l'état de choses existant aura aussi ses partisans, ses défenseurs. Lors même que l'on incline à le perfectionner, on lui rend hommage comme ayant « assuré à toutes les situations sociales l'égale « et prompte répartition de la justice[4] ». Il s'est continué à travers les commotions et les revirements politiques ; il a la consécration du temps. ROBINET DE CLÉRY.

[1] Discours de M. le sénateur Brunet, séance du 27 février 1877 (*Journal officiel* du 28 février).

[2], [3] Rapport de M. Bernard, sénateur, déposé à la séance du 19 décembre 1876 (*Journal officiel* du 24 décembre).

[4] Exposé des motifs de la proposition du 15 novembre 1876.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LES ARTICLES 446 ET 447 DU CODE DE COMMERCE AU TITRE DES FAILLITES.

Par M. PARADAN, conseiller à la Cour d'appel de Nîmes.

§ 1er.

1. Il y a quelques mois, nous avons publié, dans ce recueil (nouvelle série, t. V, 1876, p. 161), un travail où nous avons traité une question spéciale relative à l'interprétation des articles 446 et 447 du Code de commerce. Notre étude de ce jour sera moins restreinte, puisqu'elle a pour objet l'examen d'une série de difficultés qu'engendre l'application des textes précités; toutefois le cadre dans lequel nous comptons nous renfermer est trop réduit pour que nous ayons l'ambitieuse prétention de résoudre toutes les questions que la doctrine et la jurisprudence ont été appelées à examiner sur une aussi vaste matière.

2. Il nous paraît opportun de placer dès le début, sous les yeux du lecteur, les textes dont il s'agit de déterminer le sens et la portée, puisqu'à tout instant nous aurons à les consulter.

Art. 446. « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, « lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque « déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessa- « tion de ses payements, ou dans les dix jours qui auront « précédé cette époque :

« Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou im- « mobilières à titre gratuit;

« Tous payements, soit en espèces, soit par transport, « vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, « et pour dettes échues, tous payements faits autrement « qu'en espèces ou effets de commerce;

« Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous « droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les « biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. »

Art. 447. « Tous autres payements faits par le débiteur « pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par « lui passés après la cessation de ses payements et avant le « jugement déclaratif de faillite pourront être annulés si, de « la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité

Digitized by Google

« avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation « de ses payements. ».

3. Ces dispositions équitables introduites dans notre législation par la loi des 28 mai-8 juin 1838, ont eu l'heureuse fortune de mettre un terme aux criantes injustices qui résultaient de l'ancien Code de commerce, dont l'article 442 était ainsi conçu : « Le failli, *à compter du jour de la faillite*, est « dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses « biens. »

Il est aisé de se rendre compte des conséquences désastreuses qu'engendrait un pareil état de choses. D'une part, tous les actes faits par le failli dans l'intervalle de la cessation des payements au jugement déclaratif de la faillite étaient frappés de nullité comme ceux qu'il aurait accomplis depuis le jour de ce jugement.

D'autre part, tous les payements effectués durant la même période étaient également sans valeur, quand même le créancier aurait reçu de bonne foi. L'ancien Code ne faisait aucune différence entre celui qui avait reçu de bonne foi et celui au contraire dont la mauvaise foi était manifeste.

4. Sous l'empire de ces dispositions, bien que le sens en fût précis, une divergence s'était produite entre les auteurs, et si quelques-uns d'entre eux en approuvaient la rigueur, d'autres, Pardessus notamment, réclamaient avec persistance la modification d'une loi si peu en harmonie avec les principes de la morale et de l'équité.

Les tribunaux se montraient encore plus fermes et protestaient avec plus d'énergie contre un système qui plaçait sous le même niveau le négociant qui avait agi de bonne foi et celui dont la conduite avait un caractère éminemment frauduleux.

5. Le plus grand nombre des Cours d'appel faisait une distinction entre les actes accomplis dans l'intervalle de l'ouverture de la faillite à la déclaration. Si le tiers, dit Dalloz, résumant en cela la théorie des décisions rendues sous l'empire de l'ancien Code de commerce, avait contracté ou reçu de mauvaise foi, on prononçait la nullité de l'obligation ou du payement; dans le cas contraire, on en prononçait la validation, et cette distinction était équitable. Comment punir un commerçant qui a traité de bonne foi avec un autre un ou deux ans avant le jugement qui déclare la faillite de ce dernier, alors qu'il continuait, sans interruption et sans

Digitized by Google

nulle opposition de ses créanciers, les opérations de son commerce? Ne sont-ce pas ceux-ci qui étaient en faute pour n'avoir pas fait déclarer la faillite? Peut-on admettre qu'ils profitent des transactions utiles que ferait leur débiteur, et qu'il leur soit permis de répudier celles qui le grèveraient de quelques dettes? Ils bénéficieraient, par exemple, des marchandises achetées par ce dernier, et il leur serait loisible de n'en pas payer le prix! Quelle injustice! Un pareil résultat est impossible. Nulle confiance, nulle sécurité n'existeraient plus dans le commerce. Aussi, pour parer à cet inconvénient grave, le législateur de 1838 a-t-il sanctionné les décisions de la jurisprudence en édictant les articles 446 et 447 du nouveau Code de commerce.

Ces articles prévoient plusieurs hypothèses qui méritent, à un haut degré, de fixer l'attention du jurisconsulte. Nous allons les examiner dans les paragraphes suivants, sans nous écarter de l'ordre adopté par le législateur : 1° actes à titre gratuit; 2° actes à titre onéreux; payements de *dettes non échues*, ou de *dettes échues* autrement qu'en *espèces* ou *effets de commerce;* 3° payements par voie de *compensation; compte courant;* 4° *ventes*, *cessions* ou *transports de créances;* 5° *hypothèques* ou *gages* pour dettes *antérieurement contractées.*

§ 2. — *Actes à titre gratuit.*

6. La maxime : *Nemo liberalis nisi liberatus*, ou bien encore celle-ci, qui n'est que la manifestation de la première sous une forme différente : *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*, reposent sur un principe de morale et de justice trop élevé pour que le droit commercial n'en revendique pas le bénéfice au même titre que le droit civil. C'est surtout en matière de faillite que l'application doit en être faite. Quand un négociant est obligé d'accuser son impuissance à payer les dettes par lui contractées et ne laisse plus, pour désintéresser ses créanciers, que quelques épaves de sa splendeur passée, c'est alors surtout que l'égalité entre ceux-ci doit être maintenue. Il ne peut pas y avoir de préférence pour lesuns au détriment des autres, à l'exception des cas rares que la loi détermine. Il y a des pertes à subir, chacun doit en supporter sa part en proportion de ce qui lui est dû; le même niveau règle toutes les situations.

6 *bis*. Les donations peuvent avoir quelquefois le caractère

Digitized by Google

d'actes de justice plutôt que de pures libéralités. Dans ce cas, elles devraient, ce semble, être maintenues. Ainsi, par exemple, M. Dalloz, d'accord en cela avec M. Lainné, pense que le don d'une faible somme qu'un négociant près de faillir ferait à un domestique ou commis qui l'aurait longtemps servi, afin de l'aider à vivre jusqu'à ce qu'il fût replacé, ne devrait point être annulé.

7. Le principe d'égalité une fois admis, il est aisé de comprendre que le législateur, dans la nomenclature qu'il a faite des actes nuls, ait placé en première ligne les donations.

8. Il ne suffit pas, pour la validité de la donation et son maintien par les tribunaux, qu'elle ait été faite par le failli plus de dix jours avant l'époque déterminée comme étant celle de la cessation de ses payements, il faut, en outre, qu'elle ait été ACCEPTÉE durant la même période par le donataire ou par ceux qui le représentent légalement.

L'article 932 du Code civil dispose, en effet, que la donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne *produira aucun effet* que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès. L'acceptation est donc une condition essentielle de sa validité. Mais si cette acceptation ne se produit que quand les choses ne sont plus entières, c'est-à-dire quand le donateur, dépouillé par le jugement déclaratif, n'est plus *integri status*, il n'y a plus de lien de droit possible, puisque les deux volontés, celle de faire la libéralité et celle de l'accepter, n'ont pu coexister.

La doctrine des auteurs admet cette solution sans hésiter; il nous paraîtrait difficile qu'il en fût autrement. On peut consulter, parmi ceux qui ont écrit sur l'ancien Code de commerce, Boulay-Paty, t. Ier, n° 85; Locré, t. V, p. 183, et, parmi les auteurs nouveaux, Bédarride, t. Ier, n° 108; Gouget et Merger, v° *Faillite*, n° 108; Bioche, v° *Faillite*, n° 99; Lainné, sur l'article 446, p. 62.

8 *bis*. Si l'acceptation avait eu lieu avant les dix jours et qu'elle n'eût été *notifiée qu'après*, la donation devrait encore être annulée, parce que cette notification est nécessaire pour faire produire à l'acte tous ses effets, même vis-à-vis du donateur. L'article 932 du Code civil dit en effet que, pour rendre valable une donation, il ne suffit pas de l'*accepter*, il exige de plus, pour que cette acceptation PRODUISE SES EFFETS, qu'elle soit signifiée au donateur.

Digitized by Google

9. Que faudra-t-il penser du défaut de transcription? L'article 939 du Code civil porte : « Lorsqu'il y aura donation de « biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes « contenant la donation et l'acceptation qui aurait eu lieu par « acte séparé devra être faite aux bureaux des hypothèques « dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

« Le défaut de transcription, ajoute l'article 941, pourra « être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté « toutefois celles qui sont chargées de faire la transcrip- « tion. »

On aperçoit tout de suite la différence qui existe entre le défaut d'acceptation et le défaut de transcription. Elle est capitale. Dans le premier cas, il y a *nullité;* la donation non acceptée, dit l'article 932, ne *produira aucun effet*. Dans le second, au contraire, le législateur ne prononce pas la nullité de l'acte; il se borne simplement à protéger les droits des tiers qui ont traité avec le donateur, dans l'ignorance de la donation par laquelle il s'était dépouillé. (Dans ce sens, Grenoble, 17 juin 1822; Sir., 23, 2, 273; Cass., 26 nov. 1845, rejet, Sir., 46, 1, 226; Dal., 46, 1, 53, et, parmi les auteurs, Lainné, p. 63; Gouget et Merger, v° *Faillite*, n° 91; Bédarride, t. Ier, n° 109; Bioche, v° *Faillite*, n° 99, et Coin-Delisle, *Donations*, art. 941, n° 14.)

Un arrêt rendu par la Cour de Montpellier le 27 avril 1840 (Sir., 40, 2, 409; Dal., 40, 2, 211) a bien jugé que la donation d'un immeuble faite par un individu qui plus tard a été déclaré en état de faillite était sans effet à l'égard des créanciers lorsqu'elle n'avait été transcrite qu'après l'époque à laquelle avait été fixée l'ouverture de la faillite; mais nous ne saurions nous associer à cette jurisprudence, qui nous paraît méconnaître les véritables principes d'après lesquels, selon nous, le défaut d'acceptation rend la donation nulle, tandis que le défaut de transcription ne saurait produire les mêmes effets.

10. Doit-on assimiler à une donation, et par suite déclarer nulle, conformément à l'article 446, la libéralité faite aux futurs époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage?

La négative nous paraît devoir être adoptée. La donation, qui forme la base des conventions matrimoniales, participe du contrat *à titre onéreux* bien plus encore que du contrat *à titre gratuit*, et, dès lors, elle échappe à l'application de notre

Digitized by Google

article. Ce n'est pas seulement dans l'intérêt des futurs conjoints que se forment les conventions matrimoniales; c'est surtout en vue des enfants à naître de leur union que les stipulations se règlent. Voilà pourquoi, du moment où d'autres que les contractants sont intéressés à l'acte, son caractère onéreux se manifeste. Sans doute, si la libéralité était entachée de fraude, si, en d'autres termes, la mauvaise foi avait présidé à l'accomplissement de l'acte, il faudrait le déclarer nul; mais ce ne serait pas en vertu de l'article 446 du Code de commerce; dans ce cas, le droit commun reprendrait son empire, et la nullité devrait être prononcée par application du principe général posé dans l'article 1167 du Code civil.

11. L'opinion que nous venons d'émettre est loin d'avoir pour elle l'unanimité des auteurs. MM. Dalloz, Pardessus, Bédarride, Gouget et Merger appliquent l'article 446 et se prononcent pour la nullité de la donation, même quand elle est faite *par contrat de mariage*. Malgré l'autorité de ces jurisconsultes, nos préférences sont pour le maintien de la libéralité. Tel est le sentiment de Merlin, de Toullier, de Chardon, de Proudhon et de Boulay-Paty; nous nous y associons sans réserve.

Un arrêt de la Cour de Riom en date du 18 janvier 1845 (Sir., 45, 2, 373) avait, il est vrai, adopté l'opinion de ceux qui déclarent nulle la donation, quoique faite par contrat de mariage; mais il faut ajouter qu'il fut cassé le 2 mars 1847 (Sir., 47, 1, 185; Sir., 45, 1, 173 et 45, 2, 129).

N'oublions pas toutefois de faire observer que, dans les contrats de ce genre, la question de fait joue un très-grand rôle, qu'elle exerce une grande influence sur le droit, et que le magistrat aura à en tenir compte dans les motifs de sa décision.

12. La Cour de cassation a jugé, le 3 mars 1840 (Sir., 47, 1, 186), que la donation déguisée, faite à un futur époux sous la forme de billets à ordre souscrits à son profit par le donateur *et en dehors du contrat de mariage*, ne pouvait, alors même qu'elle serait faite en faveur du mariage, être protégée par les principes qui régissent les conventions anténuptiales et être considérée comme une libéralité *a titre onéreux*, et qu'en conséquence elle était révocable comme faite en fraude des droits des créanciers du donateur, alors même que le donataire n'aurait pas participé à cette fraude.

Digitized by Google

Cette décision de la Cour suprême consacre les vrais principes. C'est son insertion dans le contrat de mariage qui protége et sauve la libéralité; c'est elle qui lui imprime le caractère *onéreux,* unique base de son maintien. On peut dire, en effet, quand la donation figure dans l'acte anténuptial, qu'il y a stipulation au profit des enfants à naître, et dès lors il n'y a plus la convention à titre gratuit que frappe l'article 446; mais quand le don, quoique fait en faveur de mariage, consiste en billets à ordre, on ne peut plus affirmer qu'il a été fait dans l'intérêt des enfants à naître, puisque le contrat n'est pas là pour le dire, et dès lors on comprend l'application à l'espèce qui nous occupe du texte de loi précité.

13. Certains auteurs enseignent que l'annulation d'une donation ne profite point aux créanciers *postérieurs* à sa date, et que si le prix des biens donnés excède le montant des sommes dues à ceux qui ont droit d'invoquer la nullité, le surplus demeure acquis au donataire.

Nous préférons l'opinion professée par ceux qui considèrent la nullité comme devant profiter à TOUS LES CRÉANCIERS, sans distinction de date. La loi frappe de nullité, d'une manière absolue, dans l'intérêt de *tous* les créanciers quels qu'ils soient, les aliénations à titre gratuit consenties par le failli après la cessation de ses payements ou dans les dix jours qui l'ont précédée. N'est-ce pas le cas d'appliquer ici la maxime : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus?* Rien ne nous paraît plus certain.

§ 3. — *Actes à titre onéreux, payements de dettes* NON ÉCHUES, *ou de* DETTES ÉCHUES, *autrement qu'en* ESPÈCES *ou* EFFETS DE COMMERCE.

14. Pour bien résoudre une question sans s'écarter des principes, il est essentiel d'avoir sans cesse présent à l'esprit le texte de loi qu'il s'agit d'interpréter. Voilà pourquoi nous replaçons sous les yeux du lecteur la partie de l'article 446 que nous allons étudier :

« Sont nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils « auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée « par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses « payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette « époque, TOUS PAYEMENTS EN ESPÈCES POUR DETTES NON « ÉCHUES. »

Digitized by Google

15. Le créancier qui reçoit de bonne foi le montant d'*une facture à terme* sous la déduction de l'escompte ne doit-il pas, en cas de faillite, être soumis au rapport à la masse de la somme par lui encaissée?

Certains auteurs ont adopté la négative, en se fondant sur ce qu'il est d'usage, dans le commerce, de considérer le bénéfice du terme accordé à l'acheteur comme l'équivalent de celui abandonné sous le titre d'*escompte* au débiteur qui se libère par anticipation.

D'autres jurisconsultes ont adopté l'opinion contraire. Tel est aussi l'avis auquel nous donnons la préférence. Il nous suffit, pour le justifier, de faire observer que la fraude prévue par le législateur dans le cas qui nous occupe est précisément celle qui porte sur l'abréviation du terme : il ne veut pas qu'on puisse soustraire à la nullité le payement d'une dette non échue, alors même qu'il est fait avec escompte ; autrement rien ne serait plus facile que d'échapper à l'application de la disposition de notre article. Au surplus, le soin que le législateur a pris d'énumérer les divers modes de libération pour les annuler et la précaution par laquelle il prévoit ceux que son énumération peut avoir omis, en disant « ou autrement », prouve d'une manière invincible que le payement *avec escompte d'une dette non échue* est frappé comme tout autre payement.

Ajoutons en terminant que comme ces sortes de questions se résolvent en tenant surtout compte de la bonne ou de la mauvaise foi qui a présidé au payement, il est bien difficile d'admettre que le commerçant dont la gêne aboutit à la faillite a agi de bonne foi quand il a payé, *moyennant escompte*, une dette non échue.

16. La question que nous venons d'examiner est relative au cas où l'acheteur se libère par anticipation et moyennant escompte d'une *facture* qu'il devait acquitter *à terme*. A plus forte raison la même solution devrait-elle être admise si le débiteur payait *ses propres billets non encore échus* et par rapport auxquels le créancier consentirait l'escompte. L'article 446 est trop formel à cet égard pour qu'il soit permis d'hésiter. Toutefois la doctrine contraire à celle que nous professons est enseignée par Locré, t. V. p. 192 ; mais nous ne saurions nous y associer, en présence de la volonté si nettement exprimée par le législateur.

Digitized by Google

17. Notre article n'autorise le payement fait par le débiteur déclaré plus tard en état de faillite, que s'il a eu lieu en espèces ou en effets de commerce ; d'où la conséquence que celui qui serait effectué en marchandises n'est pas permis. A ce sujet, les auteurs ont examiné la question de savoir ce qu'il faudrait décider dans le cas où, d'après les relations établies entre deux négociants, *ils sont dans l'usage de solder le compte courant* existant entre eux, au moyen d'envois de marchandises.

Une divergence s'est produite à ce sujet dans la doctrine : les uns considèrent comme irrégulier ce genre de payement, tandis que d'autres le déclarent valable ; l'opinion émise par ces derniers nous paraît préférable. Que l'on suspecte le payement en marchandises d'une dette qui était *payable en argent*, cela se conçoit ; car ce mode de libération révèle un état de gêne ; mais il n'en saurait être de même d'envois de marchandises entre négociants *habitués* à solder de cette manière leur *compte courant*. La loi ne prévoit que les payements *de dettes échues*, et par là on a entendu parler du payement de dettes contractées à échéance fixe, lorsque cette échéance est arrivée ; or, le solde d'un compte courant actuellement exigible ne présente pas ce caractère. Le créancier qui, acceptant un mode de libération inusité, reçoit des marchandises ou des effets mobiliers au lieu d'espèces, doit être présumé avoir connu l'embarras de son débiteur, et de la sorte avoir fait fraude à la loi d'égalité qui doit exister entre tous les créanciers ; mais il faut que l'opération ait le caractère d'un véritable payement, qu'elle ait pour objet d'atteindre une dette qui avait été créée en espèces et qui devait être acquittée dans cette valeur.

Disons, en terminant, que ces sortes de difficultés doivent se résoudre en tenant compte des circonstances de fait qui les entourent, et qu'avant toutes choses il est essentiel qu'aucun élément de fraude ne vienne se mêler aux agissements des parties entre lesquelles s'accomplissent des transactions de cette nature.

18. Les auteurs décident et la Cour de Riom a jugé, le 20 juillet 1841 (Dal., 42, 2, 65 ; Sir., 42, 2, 66), que le payement fait par un père failli, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de sa faillite, d'une dot qu'il avait antérieurement constituée à son fils, avec faculté de se libérer

Digitized by Google

soit en argent, soit en immeubles, était nul s'il avait été fait en immeubles.

La raison qu'on en donne consiste à dire que la réserve du mode de libération ayant été stipulée dans l'intérêt du père seul, son fils ne pouvait, en aucun cas, le contraindre à se libérer en immeubles et que, comme la déconfiture du premier lui a fait perdre la faculté de consentir un bail en payement, il en résulte que le second, dont les droits ne dépassent pas ceux d'un créancier ordinaire, était dépourvu de toute action pour exiger le maintien de la libération en immeubles.

Cette solution nous paraît conforme aux véritables principes ; aussi l'adoptons-nous sans hésiter.

19. Les exigences de l'article 446 sont si impérieuses qu'il a été jugé par la Cour de Rouen, le 5 janvier 1841 (Dal., 41, 2, 135), que la délégation d'une créance consentie par le failli dans les dix jours qui ont précédé la faillite, même dans le but d'éteindre une dette échue dont il se trouvait tenu envers le délégataire était nulle, une telle délégation ne pouvant être assimilée à un payement en espèces.

Une décision semblable a été rendue par la Cour d'Orléans le 1er février 1853 (Dal., 54, 2, 222). Telle est aussi la doctrine des auteurs.

Il est certain, en effet, qu'un pareil mode d'extinction de la dette, bien que valable d'après les principes généraux du droit, est frappé de réprobation par les règles exceptionnelles qui gouvernent les faillites. Le législateur a présumé que le créancier qui, dans les dix jours antérieurs à la faillite, ne recevait en payement *ni espèces ni effets de commerce*, était dans le secret de l'imminence du naufrage de son débiteur et devait légalement être considéré comme n'étant pas de bonne foi. Le mode de libération autorisé par notre article n'a rien de suspect ; il rentre dans les habitudes ordinaires du commerçant, tandis que le payement par délégation est anormal. Il dévoile la position embarrassée du débiteur et l'appréhension de son créancier ; en validant les opérations de la nature de celle dont il s'agit, on autoriserait le failli à établir des différences entre ses créanciers, et à disposer de son actif en faveur de quelques-uns, au détriment de la masse. La loi a voulu éviter un si fâcheux résultat en précisant et déterminant les valeurs qui, en pareille matière, constituent de véritables payements.

Digitized by Google

20. Il est hors de doute que l'article 446, quand il valide les payements faits au moyen d'effets de commerce, s'applique aussi bien aux effets souscrits par le débiteur qu'à ceux qui auraient été consentis par des tiers en sa faveur et dont il transmettrait la propriété par un endossement régulier. (Voy. Dal., 65, 1, 230.)

De même, serait valable le payement fait par le débiteur en espèces ou effets de commerce qui *proviendraient* d'une vente de marchandises par lui consentie à un tiers, à condition, bien entendu, que cette opération serait *exempte de fraude;* car s'il y avait fraude et qu'on eût pris ce moyen détourné pour éluder la loi, il y aurait nullité (Dall., même arrêt).

21. La Cour de Grenoble, par un arrêt rendu le 18 décembre 1862 (Dal., 63, 2, 64), avait déclaré valable un payement fait moins de dix jours avant la cessation des payements du débiteur, au moyen de la transmission par endossements de récépissés ou warrants de marchandises déposées dans un magasin général. Pour décider ainsi, elle assimilait la transmission de ces warrants à des *payements en effets de commerce ;* — mais son arrêt. déféré à la censure de la Cour suprême, fut cassé le 7 mai 1866 (Dal., 66, 1, 197). Il devait en être ainsi d'après l'esprit de l'article 446 du Code de commerce. On ne doit entendre par effets de commerce que des titres négociables dont l'endossement opère payement en transmettant au porteur une créance sur un tiers, tels, par exemple, qu'un billet à ordre endossé, ou une lettre de change garantie par une provision. Bien qu'assimilés aux effets de commerce par la loi du 28 mai 1858, des récépissés et des warrants délivrés par les magasins généraux ne remplissent pas cette condition, lorsque, dans les dix jours qui ont précédé sa faillite, un déposant les a endossés au profit de l'un de ses créanciers pour le couvrir d'une dette échue. En agissant de la sorte il ne transmet point de créances sur un tiers, les magasins généraux n'étant débiteurs d'aucune somme, mais étant seulement tenus de représenter les marchandises déposées, et, d'autre part, le déposant restant seul débiteur du bénéficiaire de ce premier endos.

Quand elle s'applique simultanément à des récépissés et à des warrants, une semblable négociation constitue à la

Digitized by Google

fois un *payement en marchandises* et un *nantissement* proscrits l'un et l'autre par notre article. Ce sont donc les véritables principes qui ont triomphé devant la Cour de cassation. Cette jurisprudence, adoptée depuis par les Cours de Rennes et de Lyon, peut être regardée comme certaine désormais. (Voy. Dall., 66, 2, 70 et 67, 2, 205.)

21 *bis*. Un commerçant en état de cessation de payements se libère envers son créancier du montant de sa dette, en lui remettant, après les avoir acquittées, des factures relatives à des marchandises que celui-ci avait achetées. Une semblable opération est-elle régulière et valable?

La Cour d'Aix, appelée à juger cette question, s'est prononcée le 2 décembre 1863 dans le sens de la négative. Elle a pensé qu'il était impossible de considérer ces factures acquittées comme des effets de commerce (Sirey, 64, 2, 198; *Journal du Palais*, 64, p. 953). Toute autre décision nous eût paru téméraire en présence des termes formels de la loi qui se borne à valider les payements en *argent* ou en *effets de commerce;* or, comme il n'est pas permis, procédant par analogie, d'étendre ses dispositions d'un cas à un autre et qu'il faut, au contraire, les restreindre aux espèces prévues, c'est en conformité des vrais principes qu'a été rendu l'arrêt que nous examinons.

22. La délivrance d'un bordereau de collocation dans une procédure d'ordre ou de distribution par contribution, opérée en vertu d'une ordonnance passée en force de chose jugée, équivaut à un payement en espèces; en conséquence la faillite ultérieure du débiteur n'empêche pas le créancier porteur d'un semblable bordereau d'en toucher le montant alors même que l'ouverture de la faillite aurait été reportée à une époque antérieure à cette délivrance.

La raison qui nous détermine à décider ainsi tient à ce que, dans cette hypothèse, ce n'est pas le débiteur qui paye. L'ordre ou la distribution se font abstraction faite de sa volonté. C'est en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire que se fait le classement des créanciers. On se demande comment il pourrait être modifié par la faillite du débiteur dont l'ouverture serait reportée à une époque antérieure. L'esprit et l'économie de la loi tendent à maintenir les payements effectués de bonne foi. Or, dans notre espèce, la délivrance des bordereaux étant le seul mode de payement pos-

Digitized by Google

sible, elle devait être assimilée aux payements faits au comptant ou en espèces.

Ce système a été consacré par un arrêt de la Cour de Bordeaux qui argumente principalement de l'autorité de la chose jugée derrière laquelle s'abrite l'ordonnance du juge-commissaire. (Dall., *Répertoire*, v° FAILLITES, p. 121.)

§ 4. — *Payements faits par voie de compensation, comptes courants.*

23. La *compensation* est un mode de payement admis p r le législateur au même titre que le payement *en espèces* (art. 1289 et s. C. civ.); mais il est aisé de comprendre que si l'article 446 du Code de commerce frappait de nullité le payement en espèces, quand il avait pour objet d'éteindre *une dette non échue*, alors que cet événement s'accomplissait pendant que le débiteur était en état de cessation de payements ou dans les dix jours qui avaient précédé cette cessation, le payement par compensation ne pouvait pas échapper à ses prescriptions; il le pouvait d'autant moins, que notre article déclare valable le payement en *espèces* d'une *dette échue*, tandis qu'il refuse la même faveur au payement par *compensation*.

24. A partir du jour de la faillite, quoique non déclarée, toute compensation est impossible entre ce que le failli doit à un tiers, et ce qui lui est dû par ce dernier. La raison de décider ainsi réside tout entière dans l'article 1289 du Code civil aux termes duquel : « lorsque deux personnes se trou- « vent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles « une compensation qui éteint les deux dettes ».

Mais prenons-y garde : lorsqu'un commerçant est en état de cessation de payements, il est dépouillé de son actif qui appartient à la masse de ses créanciers, et par conséquent il ne peut pas en détacher une partie pour la transmettre à l'un d'entre eux; et comme la compensation ne s'opère qu'à la condition que l'un des débiteurs reçoive l'équivalent de ce qu'il donne, il en résulte que le failli ne donnant ni ne pouvant rien donner, l'opération ne s'accomplit pas.

25. On s'est demandé si un associé commanditaire était recevable, après la faillite de la société, à opposer en compensation de la mise sociale par lui due pour sa commandite les sommes que la société lui devait par suite d'opérations particulières distinctes faites avec elles.

Digitized by Google

La jurisprudence a répondu négativement. Le principe que nous venons de dégager dans les deux numéros qui précèdent reçoit ici son application. Il y a, dit la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 28 février 1844 (Dal., 44, 1, 145), absence de l'un des principaux éléments exigés par la loi pour qu'il y ait lieu à compensation; en effet, la double qualité de créancier et de débiteur ne reposant pas sur deux mêmes têtes, la réciprocité de créance et de dette, sans laquelle la compensation est impossible, fait défaut.

26. Les remises d'effets de commerce par compte courant sont toujours et essentiellement censées faites *sauf encaissement* (à moins de stipulation formelle contraire), et ne deviennent, pour celui qui les a opérées, des articles définitifs de crédit que par leur payement effectif. Il faut même ajouter que la faillite du commerçant qui a remis ces valeurs pour que le recouvrement en soit effectué, ne change rien à cette situation.

Il résulte de là que les créanciers du failli, auteur de ces remises, ne peuvent en exiger la valeur tant qu'elles demeurent impayées. Il en résulte aussi que si celui qui les avait reçues en compte courant se trouve créancier de la faillite, il est fondé à se présenter à la masse pour réclamer le montant de sa créance, sans qu'on puisse lui objecter qu'elle à été éteinte par compensation.

De même encore, les syndics ne sont pas fondés à prétendre que celui qui a reçu les effets doit tenir compte de leur montant à la faillite, sauf à lui à se présenter comme créancier de cette même valeur, et à prendre dans la masse les dividendes y afférents. Il est de toute justice, au contraire, de rayer de l'actif du failli ces effets impayés.

Ces diverses solutions que nous venons de rappeler ont reçu la consécration de la doctrine des auteurs et d'un nombre considérable d'arrêts. Il faut bien se garder de croire néanmoins que la jurisprudence se montre unanime; plusieurs Cours d'appel décident, au contraire, que les effets de commerce remis en compte courant deviennent immédiatement la propriété de celui qui les accepte, et que, par suite, ils doivent être portés réellement et actuellement au crédit de celui qui les a transmis, la validité du transport par endossement n'étant pas subordonnée au payement ultérieur de ces effets par leur souscripteur.

Digitized by Google

27. Nos préférences sont pour la première solution qui nous paraît interpréter d'une façon plus exacte la véritable intention des parties contractantes. Comment admettre, en effet, que celui qui a accepté de son correspondant avec lequel il était *en compte courant* des valeurs en négociation ait entendu les faire siennes *à priori*, même alors qu'il ignorait la solvabilité du souscripteur? N'est-il pas manifeste, au contraire, que le contrat portait avec lui une condition sous-entendue d'encaissement, et que si cette éventualité venait à défaillir, le contrat était censé n'avoir jamais existé? Aussi sommes-nous disposé à croire que les arrêts dont nous repoussons la théorie ont été rendus dans des espèces où les faits qu'il s'agissait d'apprécier ont exercé une influence considérable.

28. La Cour de cassation, par deux arrêts que rapporte Dalloz (38, 1, 50 et 46, 1, 243), a jugé, elle aussi, que les effets de commerce, portés en compte courant par voie d'endossement, sont réputés devoir figurer, *sans condition d'encaissement*, au crédit du commerçant qui les a transmis; mais il faut se hâter d'ajouter que cette jurisprudence était contraire à celle que la Cour suprême avait adoptée jusque-là, et que la plus grande partie des Cours d'appel ont refusé, avec raison selon nous, de la suivre dans cette nouvelle voie. Les auteurs ont fait de même. « Le plus souvent, dit « Pardessus, le crédit de l'un ou de l'autre des commerçants, « entre lesquels existe un compte courant, ou même des « deux, se compose d'effets négociables qu'ils se fournis- « sent. L'endossement des effets ainsi remis en transfère, « sans doute, la propriété à celui qui les reçoit; mais cette « entrée d'un effet en compte courant ne peut créer irrévo- « cablement un article de crédit, pour celui qui l'a cédé de « cette manière, qu'en cas de payement à l'échéance; le cé- « dant ne peut, jusque-là, être créancier que conditionnelle- « ment, car si l'effet n'est pas payé, cet article de crédit « disparaît. »

Du reste, hâtons-nous de le dire, la Cour de cassation n'a pas persisté dans sa doctrine de 1838 et 1846, et par une série de décisions dont la plus ancienne remonte au 10 mars 1852, elle a jugé que la clause de SAUF ENCAISSEMENT n'avait pas besoin d'être exprimée dans les comptes courants entre négociants et banquiers, et qu'elle y était sous-entendue

Digitized by Google

d'après les usages du commerce. Elle a jugé, en outre, qu'il devait en être ainsi, même en cas de faillite de l'envoyeur, cette faillite ne pouvant rendre définitif, au profit de ses créanciers, un droit qu'il n'avait lui-même que conditionnellement (Dall., 52, 1, 78; 54, 1, 130; 62, 1, 479).

29. On s'est demandé si le payement d'une lettre de change par le tiré accepteur pouvait donner lieu à répétition contre le bénéficiaire par le syndic de la faillite du tireur, en vertu des articles 446 et 447 du Code de commerce, lorsque le tiré n'avait reçu la provision que postérieurement à la cessation des payements du tireur.

La Cour de cassation, par arrêt du 22 décembre 1869 (Dal., 70, 1, 80), a résolu négativement cette question, parce qu'il ne s'agissait pas, dans ce cas, d'un payement fait par le tireur failli, mais d'un payement fait par le tiré accepteur.

Pour que les articles 446 et 447 reçoivent leur application au payement fait à un créancier du failli, il faut d'abord que ce payement émane du failli lui-même et non pas de toute autre personne obligée avec lui ou pour lui. Or, cette condition fait défaut lorsque le créancier reçoit son payement du tiré accepteur. Il est bien vrai que le plus souvent le tiré n'accepte la lettre de change et ne la paye que lorsqu'il a reçu provision du tireur; néanmoins ce n'est pas la dette du tireur que le tiré accepteur paye, c'est sa propre dette. Le tiré devient, en effet, personnellement obligé envers le porteur dès qu'il a accepté la traite.

§ 5. — *Ventes, cessions ou transports de créances.*

30. Après avoir examiné notre article 446, quand il s'occupe des payements faits par *compensation* ou *compte courant*, nous avons à l'étudier au point de vue des payements que ferait le débiteur failli en ayant recours à des *ventes, cessions ou transports de créance.* Le législateur les déclare nuls et sans effet relativement à la masse. Ce que le Code refuse d'admettre, c'est l'inégalité des conditions entre les créanciers, quand leurs titres sont de même nature, et sauf les cas rares où une préférence reconnue légale les protége. Or, quand l'un d'eux reçoit son payement autrement qu'en espèces ou effets de commerce, ce mode de libération accuse chez le débiteur un état de gêne qui imprime à l'opération un caractère frauduleux suffisant pour la rendre inefficace.

Digitized by Google

31. Notre article déclare nulles seulement les ventes ou cessions consenties par le commerçant à une époque où il était en état de cessation de payements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, *quand ces actes avaient pour objet le payement de ses dettes échues ou non échues.* Mais il n'en serait pas de même des ventes ou cessions dont il *retirerait le prix;* celles-ci sont parfaitement régulières et valables. La raison en est facile à saisir. Tant que le débiteur n'a pas été dépouillé de l'administration de ses biens par un jugement déclaratif de faillite, on doit le considérer comme étant *in bonis*, et, du moment où les tiers qui traitent avec lui sont de bonne foi, le contrat doit être maintenu, avec d'autant plus de raison qu'il a reçu ou recevra l'équivalent de ce qu'il a donné.

32. Pareillement, si celui qui vend ou cède partie de son actif était déjà frappé par un jugement qui le déclare en faillite, comme il a perdu, depuis ce jugement, la libre disposition de la chose sur laquelle il traite, le contrat serait nul. L'acheteur ou le cessionnaire de cette chose invoquerait inutilement sa bonne foi. Vainement encore il soutiendrait que le prix qu'il a payé ou qu'il offre de payer représente ce qu'il a reçu, le syndic n'en serait pas moins fondé dans son action en revendication, à la charge, bien entendu, de rembourser le prix qui aurait été compté en exécution de ce marché.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour décider ainsi les deux questions que nous venons d'examiner dans les deux numéros précédents.

33. On sait que le négociant qui a reçu des marchandises en consignation conserve sur elles certains droits et prérogatives que nous n'avons pas à déterminer ici; mais s'il dénaturait son contrat de consignation et y substituait une vente de ces mêmes marchandises, vente qui, à raison de la déconfiture du vendeur, serait nulle étant faite dans la période de la cessation des payements ou dans les dix jours précédents, l'acheteur évincé ne pourrait pas faire revivre son titre de consignataire et en revendiquer le bénéfice. Le contrat de consignation anéanti par la vente qui l'aurait remplacé serait désormais comme n'ayant jamais existé. La chambre des requêtes de la Cour de cassation l'a ainsi jugé le 4 janvier 1847 (Dal., 47, 1, 183); et il ne nous semble

Digitized by Google

pas que sa décision puisse être sérieusement contestée.

34. Nous avons vu ci-dessus, au numéro 31, que les transports de créance consentis par un débiteur, même en état de cessation de payements, étaient valables entre le cédant et le cessionnaire lorsqu'il y avait payement du prix. Il convient toutefois de faire observer que ces sortes de contrats ne recevant leur complément, *à l'égard des tiers*, que par leur signification au débiteur cédé ou par l'acceptation de ce dernier, les créanciers du cédant, *si sa faillite venait à être déclarée*, seraient fondés à contester la validité de l'acte. En décidant ainsi, les auteurs et la jurisprudence appliquent d'une façon très-exacte le principe posé dans l'article 1690 du Code civil.

Hâtons-nous toutefois de dire que ces auteurs et ces arrêts font une distinction très-juste : elle consiste en ce que, si la cession avait été signifiée au débiteur cédé ou acceptée par lui *avant que le jugement déclaratif de faillite fût rendu*, l'acte serait valable, alors même qu'il aurait été consenti durant la période de la cessation des payements.

Il est inutile d'ajouter que nous raisonnons ici dans l'hypothèse de la parfaite bonne foi du cessionnaire, car si une fraude quelconque pouvait lui être reprochée, le contrat tomberait soit en vertu des principes spéciaux de la matière qui fait l'objet de notre étude, soit par application des principes généraux écrits dans l'article 1167 du Code civil.

34 *bis*. Nous avons déjà dit avec l'article 1690 du Code civil que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation qu'il en fait lui-même dans *un acte authentique*. En présence d'un texte aussi impératif, on est étonné de voir que la Cour suprême ait eu à résoudre la question de savoir si la remise, faite antérieurement à la cessation des payements, *d'une lettre* du débiteur cédé s'engageant à payer le cessionnaire, et la remise du titre ne suffisaient pas pour investir ce dernier de la propriété de la créance.

Un arrêt de la chambre civile, en date du 30 décembre 1874 (Dal., 76, 1, 25), a jugé qu'en l'absence de tout acte régulier de transport fait en conformité de l'article 1690 du Code civil avant la cessation des payements et les dix jours qui l'ont précédée, le cessionnaire n'avait pas été saisi, à l'égard de la masse, qui est un tiers, et que l'acceptation du

Digitized by Google

transport ne pouvait pas résulter efficacement d'une lettre adressée par le débiteur cédé au cessionnaire.

Toute autre solution eût été contraire aux prescriptions du législateur; il n'était donc pas à craindre qu'elle fût accueillie par la Cour de cassation, gardienne et protectrice des vrais principes.

34 *ter*. Si le transport avait été consenti par le débiteur en même temps que l'obligation qu'il était destiné à garantir, l'article 446 du Code de commerce ne serait pas applicable. Il existe, à cet égard, une jurisprudence certaine.

§ 6. — *Hypothèques ou gages pour dettes antérieurement contractées.*

35. L'article 446 termine la série de ses prescriptions en s'occupant des hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires* et du *gage*.

36. Du moment où le législateur, préoccupé des intérêts de la masse, veillait soigneusement à ce que la balance fût égale entre tous les créanciers, et frappait de nullité les actes qui établissaient des préférences pour les uns au détriment des autres, il ne se pouvait pas qu'il laissât dans l'oubli les hypothèques ou les gages. Sans cela, quand un créancier aurait été informé du naufrage qui menaçait d'engloutir les dernières ressources de son débiteur, il se fût hâté d'accourir et d'exiger de lui, soit à l'aide de menaces, soit en lui faisant des promesses, qu'il lui donnât des garanties de nature à sauver sa créance.

37. Notre article n'atteint pas les hypothèques légales. Cela devait être; car elles procèdent de la seule volonté de la loi, abstraction faite du concours du débiteur. Elles dérivent de la qualité du créancier, et comme le Code n'a voulu condamner que les actes dans lesquels intervenait la personnalité du commerçant dont les payements étaient suspendus, il en résulte que les hypothèques légales, issues de la qualité de la dette, échappent par cela même à la nullité.

Cela paraît être de la dernière évidence; aussi n'est-ce point sans éprouver une certaine surprise que nous voyons la question portée devant les tribunaux; mais la Cour de cassation a bien vite fait justice de la témérité du plaideur qui n'avait pas craint de la soulever (Sirey, 49, 1, 121; Renouard, t. 1er, page 364).

Digitized by Google

38. Une modification doit être apportée au principe posé dans le numéro précédent. Sans doute l'hypothèque légale échappe d'une manière générale à la nullité, mais si les obligations *contractées* par le failli donnaient naissance à une hypothèque légale, il faudrait bien, dans le cas où ces obligations viendraient à être annulées, que l'hypothèque même légale qui y serait attachée tombât avec elles, en vertu de l'axiome « l'accessoire suit le sort du principal ».

Ce fait s'est produit dans une espèce où la Cour suprême a jugé que l'annulation, *pour cause de fraude*, d'une obligation souscrite par le mari et par la femme comme caution, dans les dix jours qui ont précédé la faillite du mari, bien qu'elle n'ait d'effet que contre le mari, et que la femme ne cesse pas d'être obligée comme caution, empêche cependant celle-ci de pouvoir prétendre à une hypothèque légale, pour sûreté de l'indemnité qui lui est due à raison de ce cautionnement, alors du moins que la femme a participé à la fraude commise par son mari (Sir., 50, 1, 609).

Le lecteur s'aperçoit que dans cette cause la femme était déclarée *complice de la fraude* du mari et qu'il eût été injuste de permettre qu'elle en retirât le bénéfice.

39. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que la nullité de l'hypothèque consentie par le failli, postérieurement à l'ouverture de la faillite, entraîne, par voie de conséquence, la nullité des payements faits en vertu de cette hypothèque.

C'est par *à fortiori* qu'il faut le dire ainsi ; car si l'hypothèque est *nulle* et que néanmoins, *en exécution de cette hypothèque* des payements aient été effectués, on se demande comment il serait possible de les déclarer valables, alors que l'hypothèque en vertu de laquelle ils ont été effectués se trouve elle-même frappée de nullité.

39 *bis*. On s'est demandé si les syndics qui, dans un ordre ouvert pour la distribution du prix des biens d'un failli, négligeraient de contester la collocation d'un créancier dont l'hypothèque serait nulle pour avoir été constituée après la cessation des payements, seraient encore recevables à demander cette nullité après la clôture définitive de l'ordre.

Il faudrait repousser leur prétention comme tardive. Dans la procédure d'ordre ils représentaient les créanciers chiro-

Digitized by Google

graphaires aussi bien que le failli ; leur devoir le plus impérieux était de contredire la collocation obtenue par le créancier hypothécaire. L'omission de cette formalité dans le délai légal a eu pour résultat de conférer à l'ordonnance de clôture, rendue par le juge-commissaire, l'autorité de la chose jugée, et de fermer la porte désormais à toute réclamation du syndic. Il s'est opéré dans le titre du créancier une sorte de novation : il n'agit plus, pour obtenir le payement de la dette, en vertu de l'hypothèque entachée d'un vice qui en eût paralysé les effets; son droit procède du bordereau de collocation qui lui a été délivré.

40. Notre article 446 déclare nulles toutes hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées sur les biens du débiteur pour dettes *antérieurement contractées.*

La conclusion à tirer d'une semblable disposition est que le législateur n'a pas entendu annuler les hypothèques constituées *en même temps* que la dette dont elles étaient destinées à assurer le payement. Ajoutons toutefois que si l'obligation était *entachée de fraude* et devait pour ce motif être annulée, l'hypothèque aurait beau en être contemporaine, elle n'en devrait pas moins tomber avec elle.

En cette matière c'est toujours la question de bonne foi qui domine ; le magistrat doit s'en préoccuper sans cesse, et si la fraude lui apparaît, sous quelque forme qu'elle se produise, il ne manque jamais de la proscrire.

41. Sont nulles et sans effet, *relativement à la masse*, dit la loi, les hypothèques conventionnelles ou judiciaires; de cette rédaction il faut conclure que la nullité ne profite qu'aux créanciers et que le débiteur est personnellement non recevable à s'en prévaloir et à critiquer le droit hypothécaire de celui envers lequel il l'a consenti : telle est la jurisprudence des Cours d'appel (Sir., 58, 1, 705 en note; Dal., 54, 2, 22 et 59, 2, 63).

La Cour de cassation, par arrêt du 10 février 1863 (Dal., 63, 1, 300), a adopté les mêmes principes et jugé que les inscriptions hypothécaires tardivement prises par un créancier du failli, après la cessation de ses payements, n'étaient nulles que relativement à la masse et dans son unique intérêt, et que, par suite, le failli remis par un concordat à la tête de ses affaires ne pouvait pas demander la nullité de ces inscriptions.

Digitized by Google

§ 7. — *Actes pouvant être annulés ou maintenus, selon les circonstances. Application de l'article 447 du Code de commerce.*

42. L'article 447 complète la série des dispositions renfermées dans celui qui le précède. Après avoir énuméré les actes nuls de plein droit, le législateur s'occupe des actes susceptibles d'être annulés. Ici, selon que la bonne foi ou la fraude auront présidé aux conventions passées entre le négociant en état de cessation de payements et les tiers, leur validité ou leur annulation seront prononcées par les tribunaux. Sans doute le magistrat ne doit jamais se départir de la règle fondamentale en matière de faillite; sa préoccupation constante doit se concentrer dans le maintien de l'égalité entre les créanciers atteints par la déconfiture de leur débiteur; mais si d'aventure il s'en trouve parmi eux quelques-uns qui ont fait avec lui un marché licite, sous l'empire de la plus entière loyauté et dans l'ignorance de l'effondrement de sa fortune, ils auront droit à la protection de la justice, qui ne leur fera pas défaut.

43. Notre article n'autorise l'annulation des actes qu'il énumère que s'ils ont été effectués depuis la cessation de payements du débiteur; s'ils avaient eu lieu avant cette cessation, *même dans les dix jours qui l'ont précédée*, le texte de loi que nous étudions ne serait plus applicable. Il faut, en outre, qu'au moment où le créancier a reçu le montant de la dette, il ait absolument ignoré l'état de détresse de son débiteur.

44. A cet égard, il s'est produit parmi les auteurs une controverse que nous avons quelque peine à nous expliquer. Selon les uns, la faculté laissée aux tribunaux par le législateur, qui s'est servi des expressions « *pourront être annulés* », cette faculté, disons-nous, est si grande, qu'elle leur paraît autoriser le magistrat à maintenir les payements reçus par le créancier, même quand il avait connaissance de la situation du débiteur, si d'ailleurs, en recevant, *il était de bonne foi*. D'autres, au contraire, ont soutenu avec énergie que cette connaissance *suffit* pour constituer la fraude et faire annuler le payement.

45. Cette dernière opinion a nos préférences. Il nous paraît difficile de comprendre que la bonne foi puisse exister chez

Digitized by Google

le créancier qui reçoit, sachant que son débiteur a cessé ses payements. La connaissance qu'il a de cette situation implique nécessairement sa mauvaise foi; elle engendre la fraude. Or, du moment où il y a fraude, le payement doit être annulé.

46. Les orateurs qui, lors de la discussion de notre article, ont fait conserver la rédaction *facultative* du projet de loi, l'ont demandée afin de laisser aux juges le pouvoir de maintenir tout acte qui, bien que fait par un tiers ayant connaissance de la cessation, ne serait pas *préjudiciable* à la masse; mais ils ont tous reconnu que cette connaissance devait toujours entraîner l'annulation de l'acte qu'il avait passé en cet état avec le failli, à moins que les tribunaux ne considérassent cet acte comme *ne pouvant préjudicier* à la masse, circonstance qui ne saurait se présenter à l'égard du payement reçu. Telle est la seule portée de l'expression « *pourront être annulés* » employée par le législateur dans l'article 447. (Voy. Dal., *Répert.*, v° FAILLITE, n° 309.)

47. L'article 447 ne se borne pas à autoriser le juge à prononcer la nullité des *payements* effectués par le débiteur dans les circonstances qu'il spécifie; il déclare pareillement annulables *tous autres actes* à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite si, de la part de ceux qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements. C'est toujours le même principe qui domine la matière. Le législateur n'admet pas de préférence pour certains créanciers au préjudice de la masse; aussi, toutes les fois qu'il s'en trouve parmi eux quelques-uns qui frauduleusement cherchent à échapper à la règle commune, il les oblige à rentrer dans la situation normale en frappant de nullité les actes à l'aide desquels ils ont voulu s'y soustraire.

48. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que l'appréciation que les Cours d'appel peuvent faire de la fraude échappe à la censure de la Cour suprême. Cette dernière est seulement saisie de l'examen des points de droit que le procès présente à juger; lors donc qu'elle se trouve en présence d'un litige tranché par l'examen des faits, son rôle se borne à rejeter le pourvoi.

49. L'article 447 du Code de commerce prévoit des hypothèses spéciales; mais il ne porte pas la moindre atteinte

Digitized by Google

au principe général posé dans l'article 1167 du Code civil. Si donc il se présentait à juger une espèce dans laquelle il serait établi que les payements ont été faits en fraude des droits des créanciers, ceux-ci, quelle que fût la date de ces payements, pourraient en demander la nullité.

50. Nous avons enseigné dans le cours de cette étude que le failli ne pouvait lui-même se prévaloir de la nullité prononcée par les articles 446 et 447 du Code de commerce, dont la disposition a été édictée *dans l'intérêt exclusif de la masse*. On s'est demandé si *un tiers* serait recevable à invoquer cette nullité en se fondant sur ce que le payement effectué par le débiteur lui aurait causé un préjudice *personnel*. La doctrine et la jurisprudence refusent à ce tiers toute action à cet égard. Il ne faut pourtant pas se dissimuler que c'est là un point délicat et que les faits et circonstances qui pourront se rencontrer dans les espèces soumises à l'appréciation des magistrats seront de nature à exercer sur leur esprit une influence qui, selon les cas, pourra faire fléchir la rigueur de la règle. PARADAN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4125 Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

LÉGION D'HONNEUR ET MÉDAILLE MILITAIRE.

Questions contentieuses relatives à la discipline des membres de l'Ordre, au traitement attaché à la décoration de la Légion d'honneur et à la médaille militaire, et aux pouvoirs du grand chancelier. 10

Par M. Octave Le Vavasseur de Précourt,
Docteur en droit, maître des requêtes au Conseil d'État.

Parmi les affaires soumises au Conseil d'État statuant au contentieux, celles qui concernent l'Ordre national de la Légion d'honneur et la médaille militaire se sont accrues, depuis 1870, dans une proportion très-notable. Des décisions importantes ont été rendues : les unes ont trait à l'application du pouvoir disciplinaire, exercé soit en vertu de la législation ancienne résultant des décrets des 16 mars et 24 novembre 1852, soit en vertu de la législation nouvelle établie par la loi du 25 juillet 1873 et le décret du 14 avril 1874. D'autres se rapportent au traitement attaché, pour les militaires, à la décoration de la Légion d'honneur et à la médaille militaire, et, à cette occasion, il s'est élevé une question importante sur la nature des pouvoirs du grand chancelier de l'Ordre.

Il y a là toute une série de difficultés, et les solutions, qui ont été données à ces affaires, se recommandent à l'attention, soit par leur actualité, soit par la délicatesse des questions de droit qui ont été tranchées; aussi pensons-nous qu'il peut être intéressant et utile de présenter le tableau des décisions contentieuses du Conseil d'État en cette matière.

I

L'institution d'un pouvoir disciplinaire, en matière de Légion d'honneur, remonte au décret du 24 ventôse an XII; elle est donc presque contemporaine de la création de l'Ordre par la loi du 29 floréal an X, et l'on en comprend aisément la nécessité. Le pouvoir disciplinaire était indispensable pour conserver à la Légion tout son prestige, en permettant de frapper ceux de ses membres qui s'écarteraient des principes

Digitized by Google

de l'honneur; il fallait, dès le début, maintenir dans tout l'éclat de sa pureté la nouvelle institution, afin de la faire consacrer par l'opinion publique, et de vaincre les préventions qui s'étaient manifestées par les objections du Tribunat, où la loi n'avait été votée que par 56 suffrages contre 38, et par l'opposition muette du Corps législatif, où une minorité inusitée de 110 membres, sur 276 votants, s'était prononcée contre la proposition des Consuls.

Le décret de l'an XII porte que la qualité de membre de la Légion d'honneur se perd par les mêmes causes qui font perdre la qualité de citoyen français. Il dispose, en outre, que le grand juge, les ministres de la guerre et de la marine, transmettront au grand chancelier copie de tous les jugements en matières criminelle, correctionnelle ou de police, relatifs à des membres de la Légion. En cas de condamnation pour crime à une peine infamante, la peine ne peut être exécutée sans que le légionnaire ait été dégradé, et la dégradation est prononcée par le président du tribunal criminel ou du conseil de guerre après la lecture du jugement. Enfin le grand Conseil peut suspendre, en tout ou en partie, l'exercice des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, lorsque la nature du délit et la gravité de la peine prononcée correctionnellement paraissent rendre cette mesure nécessaire.

Ce pouvoir disciplinaire, ainsi établi, a toujours été maintenu dans les actes constitutifs de la Légion d'honneur. L'ordonnance royale du 26 mars 1816 reproduit, dans ses articles 53 à 61, les dispositions du décret de ventôse an XII; seulement, d'après l'article 61, ce n'est plus au grand Conseil, mais au roi, que le droit de statuer est attribué. Le décret du 16 mars 1852, qui a force de loi, les a également maintenues dans ses articles 38 à 46. Ce dernier décret a été, en outre, complété par un décret du 24 novembre 1852, applicable à la fois aux légionnaires et aux décorés de la médaille militaire, qui venait d'être instituée, en faveur des sous-officiers et soldats, par un décret du 22 janvier précédent.

Le décret du 24 novembre 1852, dans son article 5, portait que le légionnaire pourrait être suspendu ou exclu des contrôles de l'Ordre, sur le vu de toute condamnation définitive à l'une des peines du boulet, des travaux publics ou de l'em-

Digitized by Google

prisonnement; il étendait, de plus, le pouvoir disciplinaire à un cas nouveau, celui où un officier des armées de terre ou de mer aurait été mis en retrait d'emploi (ou plutôt mis à la réforme, comme l'a spécifié un décret du 8 décembre 1859) pour inconduite habituelle ou pour faute contre l'honneur. La suspension ou le retrait de la décoration n'était pas, dans cette circonstance, la conséquence d'une condamnation proprement dite. Toutefois, comme l'officier avait été exclu de l'armée par une décision disciplinaire rendue après avis d'un conseil d'enquête, conformément à la loi du 19 mai 1834, sur l'état des officiers, pour un fait portant atteinte à son honneur, l'assimilation était naturelle.

Le pouvoir disciplinaire, constitué sur les bases que nous venons d'indiquer, n'a pas paru suffisant. Déjà l'ordonnance du 26 mars 1816, dans son article 62, avait renvoyé à un règlement particulier le soin de déterminer les peines à infliger pour les actions qui ne peuvent être l'objet d'aucune poursuite judiciaire et qui cependant attentent à l'honneur d'un membre de la Légion. On comprend, en effet, qu'un légionnaire puisse se rendre indigne de porter la décoration par des actes d'inconduite ou d'indélicatesse qui ne sont pas prévus par la loi pénale. Le règlement avait été étudié en 1817. La section de législation du Conseil d'État, appelée à examiner le projet préparé par la grande chancellerie, avait soulevé de graves objections. Elle s'était demandé si le texte de l'article 62 de l'ordonnance du 26 mars 1816, qui ne lui paraissait pas avoir force de loi, autorisait le gouvernement à établir, par ordonnance, une juridiction disciplinaire et à édicter des mesures ayant une sorte de caractère pénal. Elle faisait remarquer, d'autre part, qu'il y avait des inconvénients à laisser à une juridiction disciplinaire un pouvoir d'appréciation sans limites à l'égard des faits qui, sans être punis par la loi, constitueraient une atteinte à l'honneur. L'avis de la section de législation fit abandonner le projet de règlement, et pourtant ce fut sur l'article 62 de l'ordonnance de 1816 que se fonda le décret du 24 novembre 1852 pour appliquer des mesures disciplinaires aux officiers mis en réforme pour fautes contre l'honneur [1].

[1] Nous avons consulté, avec le plus grand profit, pour cet exposé histo-

Digitized by Google

La loi du 25 juillet 1873 a généralisé et étendu les mesures prises par le décret de 1852, et a fait tomber les objections opposées en 1817 au projet préparé par la grande chancellerie. L'article 6 de cette loi renvoie à un règlement d'administration publique la détermination des peines à infliger pour les actes qui attentent à l'honneur sans pouvoir être l'objet d'aucune poursuite devant les tribunaux ou les conseils de guerre.

Le règlement d'administration publique, prévu par la loi de 1873, a été rendu à la date du 14 avril 1874. Il organise une juridiction analogue à celle des conseils d'enquête institués pour le cas où des officiers sont mis en réforme, afin de donner des garanties aux légionnaires dont la conduite est incriminée. Le légionnaire est appelé à se défendre devant une commission d'enquête de trois membres d'un grade au moins égal au sien. Puis le conseil de l'Ordre donne son avis, qui, lorsqu'il conclut à l'exclusion, doit être pris à la majorité des deux tiers des votants. Il est statué par le grand chancelier s'il s'agit de la peine de la censure, par le président de la République s'il s'agit des peines de la suspension ou de l'exclusion.

Un décret du 9 mai 1874 a étendu ces mesures aux décorés de la médaille militaire, aux titulaires des médailles commémoratives des diverses campagnes de guerre (Sainte-Hélène, Crimée, Italie, Chine, Mexique), ainsi qu'aux Français autorisés à porter des ordres étrangers. En outre, le même décret a abrogé l'article 5 du décret du 24 novembre 1852, qui se trouve remplacé par des dispositions plus larges.

Les mesures disciplinaires prises par application des lois et règlements, dont nous venons de rappeler les prescriptions, peuvent-elles donner lieu à un recours devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir? Quelles sont les règles de droit posées par la jurisprudence du Conseil?

L'ancienne jurisprudence du Conseil d'État n'admettait pas ces recours : elle considérait que les décisions du chef de l'État, rendues en cette matière, étaient des actes qui, par leur nature, ne pouvaient lui être déférés par la voie conten-

rique, un remarquable rapport inédit fait par M. Aucoc, au conseil de l'Ordre de la Légion d'honneur, sur le projet de règlement d'administration publique préparé pour l'exécution de la loi du 25 juillet 1873.

Digitized by Google

tieuse[1]. Mais cette jurisprudence fut modifiée en 1859, et modifiée avec raison. Pour qu'un acte administratif ne puisse donner lieu à aucun recours contentieux, il faut qu'il rentre dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration : tels sont les actes de gouvernement, les actes diplomatiques, et certains actes de tutelle des communes et établissements publics. Mais dès qu'un acte administratif est soumis à certaines règles, soit quant aux circonstances dans lesquelles il peut en être fait application, soit quant aux formalités dont il doit être entouré, la violation de ces règles, qui sont la garantie des justiciables, constitue un excès de pouvoir qu'il appartient au Conseil d'État au contentieux de réprimer. C'est l'application de ces principes que le Conseil d'État a fait en 1859 en déclarant recevables et en examinant au fond les requêtes de deux officiers exclus de la Légion d'honneur à la suite de leur mise en non-activité pour retrait d'emploi, alors que, suivant eux (et leur prétention a été reconnue fondée), cette mesure disciplinaire ne pouvait être appliquée qu'aux officiers mis en réforme pour inconduite habituelle ou pour faute contre l'honneur[2].

Cette jurisprudence, protectrice des droits des légionnaires punis disciplinairement, s'est constamment maintenue depuis 1859[3], et nous la trouverons affirmée de nouveau dans les récentes décisions du Conseil d'État. Elle s'est établie, à une époque où le Conseil d'État était porté à admettre le recours, pour excès de pouvoir, dans les matières où aucun autre recours, direct ou indirect, par les voies judiciaires administratives, n'était ouvert aux réclamants, et c'était le cas des affaires dont il s'agit. On sait que, sans abandonner absolument cette doctrine, le Conseil d'État a même été plus loin dans ces dernières années, et qu'il a admis des recours, pour excès de pouvoir, contre des actes, dont la légalité pouvait être appréciée par l'autorité judiciaire, à l'occasion de l'application qui en était faite[4].

Une fois le principe du recours posé, diverses questions

[1] Arrêt Conseil d'État, 22 février 1838 (Gérard).

[2] Arrêts Conseil d'État, 2 juin 1859 (Gosse et de Mussy).

[3] Arrêts Conseil d'État, 1er mars et 26 avril 1860 (Chanas et Fabritzius, etc.).

[4] Nous n'avons pas besoin d'entrer ici dans des développements sur ce point, les lecteurs de la *Revue* n'ont pas oublié l'excellente étude publiée en 1876 par notre collègue, M. Laferrière, sur le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État.

Digitized by Google

de droit ont été soulevées et résolues. La première que nous ayons à signaler, celle dans laquelle l'excès de pouvoir est le plus facilement saisissable, était la question de savoir si un légionnaire pourrait être exclu de l'Ordre par le simple retrait du décret, qui l'avait décoré. Le Conseil d'État a résolu cette question en faveur des légionnaires; il a considéré que les « causes, pour lesquelles il appartient au chef de l'État d'exclure de l'Ordre un membre de la Légion d'honneur, ont été déterminées par l'article 46 du décret organique du 16 mars 1852 et par l'article 5 du décret du 24 novembre de la même année sur la discipline de la Légion d'honneur, et que nulle autre disposition légale n'autorisait, après sa réception dans l'Ordre, la révocation de la nomination d'un légionnaire, à raison de l'erreur qui aurait été commise dans l'appréciation de ses titres à la décoration[1]. »

Ces décisions ont relevé la circonstance spéciale que les décrets de nomination n'avaient été rapportés qu'après la réception dans l'ordre des légionnaires. La réception est une formalité, ou plutôt une cérémonie essentielle, réglée par le titre IV du décret du 16 mars 1852, qui complète la nomination et permet de porter les insignes. Un décret de nomination pourrait-il être rapporté avant la réception, ou devrait-on considérer ce retrait du décret comme une peine disciplinaire non prévue, et, par conséquent non susceptible d'être appliquée? Le Conseil d'État n'a pas eu à se prononcer sur cette grave question, qui est réservée, mais nous devons dire néanmoins qu'elle avait été soulevée, en 1838, dans l'affaire du sieur Gérard, lieutenant retraité, décoré par une ordonnance du 30 avril 1836, qui avait été rapportée le 25 mai suivant, avant la réception de ce légionnaire[2]. La grande chancellerie soutenait que la nomination ne conférait pas le titre, et ne devenait effective qu'après la réception, d'où il résultait qu'avant cette réception, elle pouvait être rapportée. Le Conseil d'État n'a pas statué sur la question et a rejeté le recours, par le motif que l'acte attaqué n'était pas susceptible de lui être déféré. Mais le fait seul que la question ait été soulevée donne une sérieuse importance à

[1] Arrêts Conseil d'État, 30 mai 1873 (Burgues), 11 juillet 1873 (Pignot).
[2] Arrêt Conseil d'État, 22 février 1838 (Gérard).

Digitized by Google

la constatation faite, dans les récentes décisions, que les nominations n'avaient été rapportées qu'après cette réception, qui complète le légionnaire, comme l'installation complète le magistrat : en réservant la question en ces termes, le Conseil d'État ne l'aurait-il pas un peu préjugée?

Pour la médaille militaire, la question ne se présente pas; les titulaires de cette médaille ne forment pas une légion, ne sont soumis à aucune formalité de réception : la médaille est définitivement acquise, du jour où le décret, qui la confère, a été inséré au *Journal officiel;* aussi le Conseil d'État a-t-il décidé qu'un décret, conférant une médaille militaire, ne pouvait pas être rapporté[1].

Nous avons vu que la législation de 1852, en prescrivant de faire connaître au grand chancelier de l'Ordre tous les jugements rendus en matières criminelle, correctionnelle et de police contre des légionnaires, a posé des règles différentes suivant la nature de ces cas; si une peine infamante est prononcée pour un crime, la dégradation est prononcée par la justice, à la suite de la lecture du jugement; le grand chancelier de l'Ordre n'a qu'à l'enregistrer. D'autre part, l'article 46 du décret de 1852 n'autorise le chef de l'État à prononcer une suspension ou une exclusion que pour les peines prononcées correctionnellement, ce qui ne permet pas l'exercice du pouvoir disciplinaire à l'occasion de condamnations prononcées par le tribunal de simple police.

Mais, en outre, le décret du 24 novembre 1852, énumérant les peines qui pouvaient donner lieu à l'application du pouvoir disciplinaire, s'arrêtait à la peine de l'emprisonnement. Que devait-on en conclure à l'égard des légionnaires condamnés correctionnellement à l'amende? Pouvaient-ils être frappés de peines disciplinaires? Cette question a été soulevée devant le Conseil d'État par un sieur Ballue, exclu de l'Ordre après deux condamnations correctionnelles à l'amende, l'une pour injures envers un particulier, l'autre pour outrages publics envers le préfet du Rhône et envers un commissaire de police dans l'exercice de leurs fonctions. Pour soutenir la légalité de la mesure disciplinaire, on faisait observer que l'article 46 du décret du 16 mars 1852,

[1] Arrêt Conseil d'État, 12 janvier 1877 (Weiss).

Digitized by Google

rendu dans la période dictatoriale et ayant force de loi, permettait d'exclure tout légionnaire condamné à une peine correctionnelle quelconque. On ajoutait que le décret du 24 novembre suivant, simple décret de procédure, qui n'avait même pas été délibéré en Conseil d'État comme les règlements d'administration publique, ne pouvait avoir pour effet de restreindre à une certaine catégorie de condamnations la portée du pouvoir disciplinaire donné au chef de l'État par le décret organique. On invoquait enfin la pratique constante de la grande chancellerie, et l'on citait, dans la période de 1852 à 1860, vingt-cinq décrets de suspension ou d'exclusion pour de simples condamnations à l'amende, et vingt-quatre de 1867 à 1874.

Le Conseil d'État n'a pas admis cette interprétation, et il a annulé pour excès de pouvoir, le décret qui avait exclu le sieur Ballue de la Légion d'honneur. La décision se fonde sur ce que « si l'article 46 du décret organique donnait au chef de l'État le droit d'exclure de la Légion d'honneur, lorsque la nature du délit et la gravité de la peine prononcée correctionnellement paraissent rendre cette mesure nécessaire, un décret spécial a été rendu, le 24 novembre 1852, pour déterminer le mode d'exécution de l'action disciplinaire; que, aux termes de l'article 5 de ce décret, qui a eu pour objet de régler l'exécution de l'article 46 du décret organique, et qui n'a été abrogé que postérieurement au décret attaqué, les condamnations à l'amende ne rentraient pas dans les condamnations correctionnelles qui, à raison de la nature du délit et de la gravité de la peine, pouvaient motiver l'exclusion ou la suspension prévues par ledit article 46[1]. »

Cette décision nous semble pouvoir se justifier parfaitement au point de vue juridique. Le décret organique du 16 mars 1852 posait seulement le principe de l'action disciplinaire : le décret du 24 novembre 1852, pris par application et non en violation du décret organique, a réglementé l'exercice de cette action disciplinaire : cette réglementation constituait pour les intéressés une garantie, qui leur demeurait acquise, tant que la réglementation elle-même n'était pas modifiée.

[1] Arrêt Conseil d'État, 15 janvier 1875 (Ballue).

Digitized by Google

D'après la nouvelle législation, les légionnaires, n'ayant subi aucune condamnation, et à plus forte raison ceux qui sont condamnés à l'amende, peuvent être l'objet de mesures disciplinaires. Mais que doit-on décider à l'égard de ceux dont les condamnations seraient antérieures à cette nouvelle législation? C'est la question que le Conseil d'État a eu à résoudre, sur la requête des sieurs Lefebvre-Duruflé, Randoing et de Coëtlogon. Ces trois légionnaires avaient été exclus de l'Ordre, à la suite de condamnations correctionnelles à l'amende, prononcées par la Cour de Paris, pour infraction à la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés : à la différence du décret relatif au sieur Ballue, le décret, qui les excluait de l'Ordre, était postérieur à l'abrogation de l'article 5 du décret du 24 novembre 1852. Les requérants soutenaient qu'il y avait identité entre leur affaire et celle précédemment jugée : en effet, disaient-ils, non-seulement les faits reprochés s'étaient produits avant la nouvelle législation, mais même l'arrêt de la Cour de Paris, qui les condamnait, était antérieur à l'abrogation de la disposition du décret du 24 novembre 1852 invoquée par eux, d'où il résultait que la condamnation à l'amende, au moment où elle avait été prononcée, n'était pas de nature à motiver leur exclusion de la Légion d'honneur. On ne pouvait, suivant eux, leur faire application d'une législation postérieure, sans violer le principe de la non-rétroactivité des lois inscrit en tête du Code civil et du Code pénal.

Le Conseil d'État, pour repousser les requêtes, s'est fondé sur ce principe que la non-rétroactivité ne s'applique pas aux lois de procédure. Il a considéré « que la mesure attaquée n'a été prise qu'après l'abrogation de l'article 5 du décret du 24 novembre 1852; que cet article, qui n'avait d'autre objet que de régler les formes à suivre pour l'exécution de l'article 46 du décret organique, et qui ne constituait, dès lors, qu'une disposition de procédure et d'instruction, a cessé, du jour où il a été rapporté, de régir les membres de la Légion d'honneur, alors même qu'il s'agirait de faits commis antérieurement à son abrogation; que la seule disposition, dont il y ait lieu de tenir compte pour juger de la légalité du décret attaqué, est l'article 46 du décret organique; que, par la généralité de ses termes, cet article laisse au chef

Digitized by Google

de l'État tout pouvoir d'apprécier, à l'égard des légionnaires condamnés correctionnellement, le caractère et la gravité que peuvent avoir le délit commis et la peine encourue, et par suite de décider s'il est nécessaire de prononcer soit l'exclusion, soit la suspension contre les condamnés; que le président de la République n'a fait qu'user de ce pouvoir envers le sieur Lefebvre-Duruflé, et que l'appréciation qu'il a pu faire ne saurait donner ouverture à un recours devant le Conseil d'État[1]. »

Le principe incontestable de la non-rétroactivité des lois de procédure, invoqué par le Conseil d'État à l'appui de sa décision, nous paraît s'appliquer moins bien à l'affaire qu'un autre principe, qui aurait pu être également invoqué, celui de l'inapplicabilité de la règle de non-rétroactivité aux lois disciplinaires. En effet, ce qui caractérise les lois de procédure, c'est qu'elles ne touchent qu'aux formes à suivre et non au fond du droit. Or une disposition légale qui abroge une autre disposition limitative du droit du chef de l'État, en matière de suspension ou d'exclusion de la Légion d'honneur, paraît toucher au fond même du droit. Le principe de la non-rétroactivité des lois disciplinaires, auquel nous venons de faire allusion, a été posé par la Cour de cassation, chambres réunies, dans un arrêt du 9 novembre 1852, en termes d'une netteté remarquable. Il s'agissait d'apprécier si l'article 4 du décret du 1er mars 1852, qui permet à cette Cour de prononcer la déchéance de tout juge suspendu par une Cour d'appel ou qui lui serait dénoncé pour un motif grave, peut s'appliquer, lorsque la suspension, quoique postérieure au décret, aurait pour cause des faits qui lui seraient antérieurs. La Cour de cassation a statué en ces termes : « Attendu que l'action en discipline, pouvant s'exercer pour des faits qui ne sont ni qualifiés ni prévus par les lois pénales, diffère essentiellement de l'action publique et ne peut être restreinte par des règles qui lui sont étrangères; que les mesures qui en sont la suite ne sont pas de véritables peines, mais des moyens institués pour maintenir, par des raisons d'ordre et d'intérêt publics, l'autorité morale et le

[1] Arrêt Conseil d'État, 26 mai 1876 (Lefebvre-Duruflé, Randoing et de Coëtlogon).

Digitized by Google

respect du corps auquel appartient le fonctionnaire poursuivi disciplinairement; qu'elles s'attachent moins aux faits eux-mêmes qu'aux conséquences de ces faits sur la considération du fonctionnaire et sur la dignité du corps dont il est membre, c'est-à-dire à cet effet moral qui, à la différence du fait dont il découle, a un caractère successif et permanent; que ces motifs d'ordre élevé ne permettant pas d'appliquer à ces matières les règles de la prescription, ne permettent pas de leur appliquer le principe formulé en l'article 2 du Code civil et reproduit en l'article 4 du Code pénal; qu'il est, en effet, dans l'esprit comme dans la nature des lois ou règlements de discipline de saisir, au moment même de leur émission, le fonctionnaire soumis à leur action et d'avoir leur effet du jour de leur promulgation; qu'ils n'ont en cela aucun caractère de rétroactivité, parce que la position du fonctionnaire et les conditions de capacité, de moralité et de dignité, nécessaires à l'accomplissement de sa mission, étant subordonnées à l'intérêt général, il est au pouvoir du législateur d'y apporter des changements ou des modifications selon les besoins de la société; que le principe de la non-rétroactivité ne saurait donc s'opposer à ce que des mesures de discipline nouvellement instituées soient appliquées à des faits anciens dont le pouvoir disciplinaire n'aurait pas connu auparavant[1]. »

Nous avons tenu à reproduire complétement cet important arrêt de la Cour de cassation : la théorie qu'il développe, si elle n'est pas empruntée à des textes de loi précis, repose du moins sur de hautes et sérieuses considérations morales, et il nous semble que ces considérations auraient pu être invoquées, avec autorité, à l'égard des membres d'un Ordre voué au culte de l'honneur.

Le pouvoir disciplinaire, tel qu'il est établi par la nouvelle législation, résultant de la loi du 25 juillet 1873 et du décret du 24 avril 1874, s'appliquerait-il à des faits considérés comme portant atteinte à l'honneur, mais qui seraient antérieurs à la mise en vigueur de cette législation et même aux décrets conférant la décoration? Devrait-on, au contraire, décider que le pouvoir disciplinaire, ne naissant qu'au mo-

[1] Arrêt cass., 9 novembre 1852; Morin, *Traité de la discipline judiciaire*, t. II, p. 201.

Digitized by Google

ment où la décoration est conférée par décret, ne peut s'appliquer à des actes antérieurs au décret? Cette question a été tout récemment soulevée dans les affaires des sieurs Vincent et Olivier Pichat, décorés pour services militaires pendant la guerre de 1870, et ensuite exclus de l'Ordre. Le premier de ces légionnaires, anciennement condamné pour escroquerie, se trouvait sous le coup de diverses réclamations pour payement de dettes; le second était dans la même situation, avec cette différence qu'il n'avait subi aucune condamnation : l'enquête, faite à son sujet, avait de plus porté sur divers faits d'inconduite, déjà anciens, de nature à entacher sa moralité. Les réclamants soutenaient que, les faits reprochés étant antérieurs à leur nomination, l'enquête sur leur conduite n'aurait pu être légalement faite qu'avant cette nomination. Pour repousser le pourvoi du sieur Vincent, le Conseil d'État a considéré que « si, par la date à laquelle ils ont été commis, les faits reprochés au sieur Vincent, tels qu'ils ont été relevés dans l'instruction à laquelle il a été procédé devant la commission d'enquête, remontent à une époque antérieure au décret du 14 avril 1874, il résultait de l'instruction qu'ils présentaient un caractère successif et que leurs effets s'étaient continués postérieurement au décret précité; qu'il suit de là que le président de la République a pu, sans excès de pouvoirs, faire application au requérant des dispositions de ce décret, et que dès lors le pourvoi dirigé par le sieur Vincent contre la décision du 6 mars 1875 doit être rejeté comme mal fondé ». La seconde décision est rédigée en termes identiques [1].

Ces décisions s'appuient sur la théorie du fait successif, dont les effets se continuent longtemps après le fait lui-même. Cette théorie était déjà très-nettement formulée dans l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons cité. Elle se justifie parfaitement dans la matière qui nous occupe. Un fait d'indélicatesse ou d'inconduite porte atteinte à l'honneur aussi longtemps qu'il produit des effets; il y porte même une atteinte d'autant plus grave que ses effets se produisent plus longtemps.

Quel est aujourd'hui le rôle du Conseil d'État en matière

[1] Arrêts Conseil d'État, 26 janvier et 9 février 1877 (Vincent et Pichat).

Digitized by Google

de décisions disciplinaires prises contre les membres de la Légion d'honneur? L'appréciation des faits qui motivent une peine disciplinaire lui échappe complétement : elle appartient à la commission d'enquête, au conseil de l'Ordre et souverainement au président de la République. Mais le Conseil d'État est juge des formes suivies pour l'exercice de l'action disciplinaire. La violation des formes, prescrites par le décret du 14 avril 1874, constituerait un excès de pouvoir de nature à être déféré au Conseil d'État. Dans les affaires Vincent et Pichat, les requérants ont allégué un vice de forme, tiré de ce que les décisions disciplinaires les concernant ne seraient pas motivées. Le Conseil d'État a reconnu que ce moyen était recevable, et l'a rejeté, au fond, par cette raison que les décrets étaient suffisamment motivés, en se fondant sur les plaintes et rapports adressés au grand chancelier, desquels il résulterait que ces légionnaires auraient commis un certain nombre d'actes contraires à l'honneur. Mais si les formalités prescrites par le décret du 14 avril 1874 n'étaient pas observées, si, par exemple, le légionnaire était puni pour des faits non soumis à l'enquête et contre lesquels il n'aurait pas pu se défendre, il appartiendrait au Conseil d'État, sur son recours, d'annuler, pour violation des formes, la décision qui le frapperait. Certes, le pouvoir donné au président de la République, par la nouvelle législation, est considérable : il peut frapper le légionnaire, que la loi pénale n'a jamais atteint, d'une peine souvent bien plus grave que celles prévues par le Code, la peine de l'exclusion de la Légion d'honneur. Mais, du moins, le légionnaire conserve une double garantie, au point de vue des faits et au point de vue du droit. Au point de vue des faits, il ne pourra être frappé sans avoir été appelé à se défendre, et l'examen de son dossier par le conseil de l'Ordre, composé des plus hauts dignitaires militaires et civils, constitue pour lui la plus sérieuse garantie; au point de vue du droit, il aura la faculté de recourir au Conseil d'État s'il estime qu'il y a eu violation des formes prescrites par le décret du 14 avril 1874.

II

La loi du 29 floréal an X, portant création de la Légion d'honneur, avait attribué un traitement à tous les membres,

Digitized by Google

militaires ou civils, de la Légion. Ces traitements étaient assimilés aux pensions et un avis du Conseil d'État du 2 février 1808 avait décidé qu'ils devaient être considérés comme incessibles et insaisissables. L'ordonnance du 19 juillet 1814 réduisit les traitements, et décida qu'il n'en serait plus alloué à l'avenir. Ce principe absolu a reçu, de 1814 à 1852, de nombreuses exceptions, qu'il serait sans intérêt d'énumérer complétement. Nous nous bornerons à signaler la loi du 6 juillet 1820, qui rétablit le traitement pour les sous-officiers et soldats en activité de service décorés depuis 1814, la loi du 19 avril 1832, qui édicta une mesure semblable pour les sous-officiers et soldats décorés pendant la période des Cent Jours, dont les nominations annulées en 1818 avaient été reconnues en 1830, et la loi du 16 juin 1837 qui accorda un traitement aux sous-officiers et soldats amputés à la suite de blessures, et décorés après leur mise à la retraite.

Le décret du 22 janvier 1852 attribua le traitement, variant suivant le grade dans la Légion d'honneur, à tous les militaires, officiers, sous-officiers et soldats des armées de terre ou de mer qui seraient décorés en activité de service ; les légionnaires de l'ordre civil continuèrent à être exclus du bénéfice du traitement ; le décret organique du 16 mars suivant se borna à reproduire ces dispositions. Le décret du 22 janvier 1852 créa, pour les sous-officiers et soldats, la médaille militaire, donnant droit à une rente viagère de 100 francs ; il a été jugé par le Conseil d'État que le traitement de la médaille n'était pas dû aux militaires médaillés après leur mise à la retraite[1]. Par un décret spécial du 12 août 1853, le traitement fut accordé aux officiers décorés pendant la période des Cent Jours (leur nombre s'élevait, en 1853, à 1,494). Un décret du 23 décembre 1861 fit pour les officiers, amputés et décorés après leur mise à la retraite, ce que la loi du 16 juin 1837 avait fait pour les sous-officiers et soldats amputés, elle leur alloua le traitement; un décret du 9 février 1855 avait édicté pour les décorés de la médaille militaire une mesure identique. Une loi du 29 août 1870 étendit le bénéfice du traitement aux gardes mobiles et gardes nationaux, qui seraient décorés pour faits militaires pendant

[1] Arrêt Conseil d'État, 2 février 1860 (Cahuzac).

Digitized by Google

la guerre; un décret du 16 décembre 1871, dont nous aurons à examiner la légalité, restreignit l'application de cette loi aux gardes mobiles et nationaux décorés avant le 1er janvier 1872.

Nous avons vu qu'on avait contesté, pour les affaires de discipline, la recevabilité du recours contentieux : cette contestation ne s'est pas produite pour les affaires relatives aux traitements de la Légion d'honneur. Nous voyons dans une affaire très-ancienne que la question s'était posée de savoir si le contentieux de ces sortes d'affaires était de l'ordre administratif ou judiciaire. Le ministre des finances faisait remarquer que la Légion d'honneur faisait partie de l'administration publique, que les dépenses en étaient portées au budget de l'État, et les comptes soumis à la vérification de la Cour des comptes comme les autres dépenses publiques, et que le contentieux qui en dérivait faisait nécessairement partie du contentieux administratif. Le Conseil d'État a consacré cette théorie en statuant au fond sur le pourvoi [1].

A qui, du grand chancelier ou du ministre, appartient-il, sur la réclamation d'un légionnaire relative au traitement, de prendre une décision qui puisse être ensuite déférée au Conseil d'État? Le principe que les subordonnés du ministre n'ont pas de juridiction propre, et que le ministre placé au sommet de la hiérarchie administrative est seul juge du contentieux de son département, a été longtemps considéré par le grand chancelier comme ne lui étant pas applicable, à raison de la nature spéciale de ses fonctions. Autorisé à soumettre directement des projets de décrets et rapports au chef de l'État, le grand chancelier se considérait comme un véritable ministre de la Légion d'honneur, dont le budget n'était rattaché que pour ordre à celui d'un ministère.

Le Conseil d'État a d'abord admis ces prétentions : dans l'affaire Genevois que nous venons de citer, il a statué directement sur une décision du grand chancelier, qu'il a annulée; il consacrait implicitement la même doctrine en 1839, en décidant que le délai du recours courait contre le légionnaire du jour de la notification de la décision du grand chancelier [2].

[1] Arrêt Conseil d'État, 6 février 1831 (Genevois).
[2] Arrêt Conseil d'État, 14 janvier 1839 (Watebled).

Digitized by Google

Mais, dès 1841, nous voyons le comité du contentieux demander au ministre, avant de statuer, s'il s'approprie la décision du grand chancelier; cette doctrine s'affirme, depuis lors, chaque année [1]; et lorsque le ministre ne s'est pas approprié la décision du grand chancelier, le Conseil d'État décide que cette décision n'est pas de nature à lui être déférée [2].

Cette doctrine, consacrée par de nombreuses décisions, fut de nouveau mise en question en 1874 par le grand chancelier de la Légion d'honneur, qui trouva un auxiliaire inattendu dans le ministre de la justice. Les sieurs Lezeret et de la Maurinie, de La Porte et de La Rue, décorés, le premier, de la Légion d'honneur, les deux autres, de la médaille militaire, avaient déféré au ministre de la justice des décisions du grand chancelier leur refusant le traitement. Le ministre, par dépêche du 1er décembre 1873, déclara qu'il ne lui appartenait pas de statuer, et qu'il n'avait pas de droit de contrôle sur les décisions du grand chancelier. La dépêche ministérielle fut annulée par le Conseil d'État par les motifs suivants : « Considérant que la grande chancellerie de la Légion d'honneur a été placée par le décret du 31 janvier 1870 dans les attributions du garde des sceaux, ministre de la justice; que le grand chancelier n'administre les fonds affectés aux dépenses de la Légion d'honneur que sous l'autorité du ministre responsable à qui sont alloués, par les lois annuelles de finances, les crédits votés pour ces dépenses; qu'il suit de là que les décisions prises par le grand chancelier sont, comme les décisions de toutes les autorités administratives à l'égard desquelles il n'en a pas été autrement ordonné par une disposition expresse de la loi, assujetties au recours des parties intéressées devant l'autorité ministérielle, et ne peuvent être déférées directement au Conseil d'État par la voie contentieuse; que dès lors, c'est à tort que le garde des sceaux a refusé de statuer sur le recours formé devant lui contre la décision du grand chancelier [3]. »

Cette décision tranche définitivement la question confor-

[1] Arrêts Conseil d'État, 30 novembre 1841 (Bouvenot); 21 janvier 1842 (Soulan); 16 septembre 1848 (Gallet); 24 mai 1859 (Isaac), etc.

[2] Arrêt Conseil d'État, 14 décembre 1863 (Malude-Richard).

[3] Arrêt Conseil d'État, 1er mai 1874 (Lezenet de la Maurinie).

Digitized by Google

mément aux principes posés par l'ancienne jurisprudence. On peut en rapprocher la décision dans l'affaire Lefebvre-Duruflé, qui, par des motifs analogues, a déclaré non recevable l'intervention du grand chancelier; le Conseil d'État n'admet cette intervention que dans les affaires contentieuses relatives aux biens formant la dotation de la Légion d'honneur, dont l'administration appartient au grand chancelier [1].

A la différence des affaires disciplinaires, dans lesquelles il n'est pas juge des faits, le Conseil d'État, dans les affaires de traitement, est entré dans l'examen des faits, et a apprécié à la fois le caractère militaire de certaines fonctions et le caractère militaire des titres qui ont motivé les décorations, sans s'arrêter soit au libellé des décrets décernant des récompenses, soit aux assimilations qui existeraient entre certaines fonctions civiles et certains grades militaires. C'est ainsi qu'il a refusé de considérer comme légionnaire militaire, ayant droit au traitement, un conducteur des travaux hydrauliques aux forges de la Chaussade (Nièvre), bien que ces conducteurs aient été assimilés, par décret, aux maîtres principaux et maîtres entretenus des arsenaux maritimes [2]; il a de même refusé le traitement à un professeur à l'École navale de Brest [3].

En sens contraire, le Conseil d'État a admis au bénéfice du traitement un capitaine au long-cours, embarqué comme second sur un bâtiment de la flotte [4], et plus récemment un ancien aumônier de l'armée d'Orient, décoré en 1865 alors qu'il était chapelain des Invalides, et rentré plus tard dans l'armée du Rhin [5]. Cette solution favorable avait deux précédents, l'un s'appliquant à un aumônier de la marine, l'autre à un aumônier militaire qui avait reçu la croix à Sébastopol des mains du commandant en chef [6].

Sur l'appréciation des services militaires, pendant la

[1] Arrêts Conseil d'État (héritiers de Caraman), 17 février 1869 et 5 juin 1874; Lefebvre-Duruflé, 26 mai 1876.

[2] Arrêt Conseil d'État, 21 juin 1876 (Durel).

[3] Arrêt Conseil d'État, 15 juillet 1861 (Collet-Calvinière).

[4] Arrêt Conseil d'État, 9 février 1860 (Cormier).

[5] Arrêt Conseil d'État, 15 février 1872 (abbé Darnis).

[6] Arrêts Conseil d'État, 2 août 1860 (abbé Cresp) et 6 août 1861 (abbé Gaury).

Digitized by Google

guerre de 1870, nous citerons deux décisions. L'une a considéré comme ayant reçu la médaille pour faits militaires, et a admis au traitement un piqueur du service municipal de Paris, médaillé en cette qualité, mais faisant, en outre, partie de la légion du génie de la garde nationale sous les ordres de M. Alphand, et qui s'était distingué, au mois de mai 1871, en coupant, à Vincennes, un fil souterrain aboutissant au fort et à la poudrière [1]. Au contraire, le Conseil d'État a refusé de considérer comme récompensés pour faits militaires, dans le sens de la loi du 29 août 1872, quatre officiers du bataillon des Sauveteurs de la Seine, bataillon qui formait un corps franc assimilé à la garde nationale, mais qui avait aussi le caractère d'une société de bienfaisance, et c'est comme président de cette société que M. le baron Taylor avait présenté les propositions de décorations dont il s'agit [2].

On voit que les questions de traitement sont des questions de fait; nous devons pourtant signaler deux questions de droit qui se sont présentées. La première intéressait un nombre considérable de légionnaires : il s'agissait de savoir si le décret du 16 décembre 1871 était légal; c'est ce décret qui a restreint aux gardes mobiles et gardes nationaux, décorés avant le 1er janvier 1872, l'application de la loi du 29 août 1870, qui appelait au bénéfice du traitement les militaires de l'armée auxiliaire. Le Conseil d'État a reconnu la légalité du décret, en considérant « que la loi du 29 août 1870 n'accorde le traitement qu'aux gardes nationaux décorés pendant la guerre; que ce n'était, dès lors, que par suite d'une faveur que le traitement a pu être accordé à ceux qui, par suite du retard qu'aurait subi l'examen de leurs titres, n'avaient été décorés qu'après la cessation de l'état de guerre, et que le décret du 16 décembre 1871 avait eu pour objet de mettre fin, pour l'avenir, à l'application de cette mesure favorable [3] ».

Ces décisions interprètent la loi du 29 août 1870 comme exigeant par ces mots : « décorés pour faits militaires pen-

[1] Arrêt Conseil d'État, 15 décembre 1876 (Marolles).

[2] Arrêt Conseil d'État, 9 avril 1875 (Lezreet de la Maurinie, de la Porte et de La Rue).

[3] Arrêts Conseil d'État, 6 décembre 1872, 27 juin et 18 juillet 1873 (Quinquet, Gaury et Lavieille).

Digitized by Google

dant la guerre », deux conditions pour l'obtention du traitement, à savoir que la décoration fût donnée pour faits militaires et qu'elle fût obtenue pendant la période de guerre. Une interprétation plus favorable eût peut-être été permise par le texte de la loi : ne pouvait-on pas la comprendre en ce sens qu'une seule condition était exigée, c'était que la décoration, à quelque époque qu'elle fût donnée, le fût pour faits militaires accomplis pendant la guerre? Le décret de 1871, que justifient des considérations budgétaires, a créé certaines anomalies : des gardes mobiles ou nationaux, décorés pour blessures ou actions d'éclat quelques jours après le 1er janvier 1872, ont été privés du traitement qu'obtenaient à côté d'eux ceux dont les titres identiques avaient eu le bénéfice d'un examen plus rapide de la part du ministère de la guerre. Quoi qu'il en soit, la décision du Conseil d'État a tranché souverainement la question et indiqué la conduite à suivre à la grande chancellerie.

La dernière question, que nous voulons signaler, concerne les officiers de la garde nationale décorés de la médaille militaire. Pour régulariser leur situation, un décret du 29 janvier 1871, intervenu alors qu'un certain nombre de médailles avaient déjà été données, a décidé que les officiers de la garde nationale pourraient recevoir la médaille militaire; le préambule de ce décret expose que les motifs qui ont fait réserver la médaille pour les sous-officiers et soldats ne s'appliquent pas à la garde nationale, dont tous les grades sont le produit de l'élection. Le décret est muet au sujet du traitement : les officiers, ainsi décorés de la médaille militaire, y ont-ils droit? Le grand chancelier et le garde des sceaux ne l'ont pas pensé : le décret, suivant eux, n'aurait eu pour but que de régulariser les nominations faites, et l'on doit s'en tenir strictement à la lettre du décret, qui ne fait aucune allusion au traitement et ne règle que l'aptitude à recevoir la médaille militaire. Le Conseil d'État s'est prononcé en sens contraire : il a considéré que la rente viagère de 100 francs était inhérente à la médaille militaire, et que pour en priver les officiers de la garde nationale il aurait fallu une disposition expresse[1]. Cette décision nous paraît entière-

[1] Arrêt Conseil d'État, 22 novembre 1872 (Saillenfaits et de Vauchelles).

Digitized by Google

ment conforme à l'esprit du décret, dont elle fixe l'interprétation.

Nous arrêtons ici cet exposé de la jurisprudence du Conseil d'État. Les recours contre les décisions du ministre de la justice, seul compétent pour statuer sur les demandes de traitement, se produiront sans doute encore en assez grand nombre devant le Conseil d'État; mais ces recours ne soulèvent ordinairement que des questions de fait qui varient suivant chaque affaire, et sur lesquelles on ne peut, dès lors, fixer une jurisprudence. Quant aux questions de discipline, nous avons exposé dans quelles limites restreintes le pouvoir disciplinaire s'exerçait sous l'empire des décrets de 1852, avec quelle étendue, au contraire, il peut s'exercer aujourd'hui. Le Conseil d'État aura encore, sur ce point, à s'assurer de l'accomplissement des formalités prescrites par le décret du 14 avril 1874. Le légionnaire, sous le coup de poursuites disciplinaires, conserve, ainsi que nous l'avons dit, la double garantie du contrôle de la commission d'enquête et du conseil de l'Ordre sur les faits qui lui sont reprochés, et de l'examen du Conseil d'État sur le régulier accomplissement de la procédure protectrice du droit de défense. En même temps que cette liberté de la défense est assurée et respectée, le président de la République, armé du pouvoir disciplinaire le plus étendu, trouve, dans l'exercice de ce pouvoir sagement appliqué, la force nécessaire pour maintenir tout son prestige et toute sa pureté à la Légion d'honneur, qui doit être, suivant les belles paroles du conseiller d'État Rœderer au Corps législatif du Consulat, « une nouvelle monnaie d'une bien autre valeur que celle qui sort du trésor public, une monnaie dont le titre est inaltérable et dont la mine ne peut être épuisée, puisqu'elle réside dans l'honneur français, une monnaie enfin qui peut seule être la récompense des actions regardées comme supérieures à toutes les récompenses. »

O. LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT.

Digitized by Google

DU RÉGIME LÉGAL DES TRAMWAYS.

Par M. H. Barckhausen, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

Depuis cinq ou six années, l'attention de l'administration centrale, aussi bien que celle de bon nombre d'administrations départementales et municipales, s'est tournée, en France, vers un système de transport qui y était connu et pratiqué il y a longtemps, mais dont, jusque-là, les avantages semblaient ne pas être complétement appréciés dans notre pays : nous voulons parler des tramways, de ces chemins de fer établis dans les rues, sur les chemins et sur les routes que tout le monde est admis à parcourir, à pied, à cheval ou en voiture, avec des chariots vides ou chargés, en conduisant même des animaux isolés ou des troupeaux plus ou moins nombreux.

Cette communauté d'usage obligeait évidemment les autorités publiques à prendre des mesures de police particulières, pour garantir la sécurité des passants et la liberté de la circulation. Mais l'administration supérieure a cru que l'établissement des tramways soulevait, en outre, des questions de droit des plus délicates. Aussi a-t-elle demandé à ses conseillers ordinaires quel régime légal devait s'appliquer, à défaut d'une législation particulière, à ces chemins de fer d'un genre exceptionnel, dont l'emploi s'étend de jour en jour.

Nous avouerons humblement que cette question, à notre sens, ne pouvait recevoir que deux solutions juridiques : ou bien on assimilait les tramways aux chemins de fer d'intérêt local, et on les soumettait, par analogie, à la loi du 12 juillet 1865 ; ou mieux encore, on les traitait conformément aux principes généraux qui règlent les services et les travaux des départements et des communes.

Les conseillers du gouvernement ont repoussé le premier de ces deux partis, en déclarant (ce qui semblera peut-être exagéré) « que la situation » des villes et des départements, « en matière de tramways, n'est en rien assimilable à celle que les départements et les communes tiennent de la loi du 12 juillet 1865, sur les chemins de fer d'intérêt local[1]. »

[1] Avis du Conseil d'État du 9 mars 1876.

Digitized by Google

Mais alors, pourquoi ne pas traiter tout simplement les entreprises de tramways comme les autres entreprises de travaux ou de services publics auxquels les départements ou les communes sont intéressés spécialement?

La Commission provisoire faisant naguère fonction du Conseil d'État et le Conseil d'État lui-même depuis n'ont pas cru devoir s'arrêter à ce système. Pour des raisons que nous allons exposer, la Commission, en 1872, a réservé au gouvernement le droit exclusif de concéder les tramways, et le Conseil, en 1876, a même été jusqu'à revendiquer pour l'État, à l'expiration des concessions futures, la jouissance des tramways, sur quelque voie publique qu'ils puissent être établis. Ces deux points nous semblent mériter un sérieux examen de la part de tous ceux qui attachent quelque importance aux droits des communes et des départements.

I

Et d'abord, quant au droit de concession du gouvernement, voici de quelle manière la Commission provisoire a cherché à le démontrer dans son avis du 22 février 1872 :

« Considérant que l'établissement d'un chemin de fer à traction de chevaux sur les routes nationales et départementales et les chemins vicinaux constitue, par sa nature et par la concession dont il est l'objet, une entreprise d'intérêt public ;

« Que si, par suite du consentement donné par le conseil général et les conseils municipaux à l'établissement de la voie ferrée sur les routes départementales et les chemins vicinaux, il n'y a pas lieu de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ni, par conséquent, à une déclaration d'utilité publique, l'entreprise n'en conserve pas moins le caractère d'un travail et d'un service publics, *dont l'exécution et l'exploitation ne peuvent être autorisées et concédées que par le pouvoir central;*

« Considérant, en effet, que les attributions des préfets sont limitées, en ce qui concerne les routes et les chemins vicinaux, au droit de statuer, sans préjudice des droits réservés au pouvoir municipal, sur ce qui est relatif à la surveillance et à la conservation de ces chemins;

Digitized by Google

« Qu'on ne saurait faire découler de ces attributions le droit, pour les préfets, d'autoriser et de réglementer l'exécution et l'exploitation, sur les routes et chemins, d'une voie ferrée et d'un service de transport, etc.;

« Considérant que le pouvoir exécutif a été investi du droit d'autoriser des travaux de cette nature et *de concéder ces entreprises*, successivement, par l'article 3 de la loi du 7 juillet 1833, puis par l'article 3 de la loi du 3 mai 1841, qui est, en effet, visé dans les décrets de concession, à partir de celui du 26 août 1857, relatif au chemin de fer américain de Riom à Clermont, et, en dernier lieu, par l'article 1er, § 2, de la loi du 27 juillet 1870, aux termes de laquelle le décret d'autorisation des travaux doit être précédé d'une enquête et rendu dans la forme des règlements d'administration publique;

« Que cette attribution ne saurait être dévolue aux préfets, et que les pouvoirs spéciaux qu'il convient de leur déléguer en cette matière sont déterminés par le décret et le cahier des charges de la concession;

« Est d'avis :

« Que l'exécution et la *concession* des chemins de fer à traction de chevaux, dits américains, établis sur les routes et chemins, *ne peuvent être autorisés et réglés que par un décret* rendu après enquête et dans la forme des règlements d'administration publique. »

Les considérants que nous venons de citer ont d'ailleurs été résumés dans un avis postérieur du Conseil d'État lui-même, affirmant qu'il n'appartient « qu'au chef de l'État, en Conseil d'État, non-seulement de déclarer d'utilité publique » les entreprises de tramways, « après enquête, mais de les *concéder* et d'en régler les conditions d'exécution et d'exploitation [1] ».

Une confusion étrange et illibérale entre le droit d'autorisation et le droit de concession donne seule quelque chose de spécieux à tout ce système. L'article 1er de la loi du 27 juillet 1870 n'attribue pas, en effet (non plus que les autres articles invoqués par la Commission provisoire) un droit de concession au gouvernement. Il ne parle que d'autorisations à donner. Or, les deux notions d'autoriser et de concéder sont

[1] Avis du Conseil d'État du 9 mars 1876.

Digitized by Google

si peu identiques qu'il leur arrive d'être opposées l'une à l'autre par le législateur, notamment dans l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, sur l'administration municipale. Il y est dit, en effet, que certains marchés de travaux publics passés par les grandes villes devront être approuvées par décrets rendus en Conseil d'État, et que « il en est de même des traités portant concession, à titre exclusif ou pour une durée de plus de trente années, des grands services municipaux desdites villes, etc. » N'est-il pas clair que le législateur réserve ici aux villes elles-mêmes le droit de concession et ne charge le gouvernement d'intervenir que pour homologuer, s'il y a lieu, les mesures délibérées par les représentants des communes? Le droit d'approuver ou d'autoriser [1] une entreprise ne se confond donc pas avec celui de la concéder.

En principe, le droit de concession d'un travail ou d'un service public n'appartient au gouvernement que lorsqu'un intérêt national est en jeu. S'agit-il, au contraire, d'une entreprise d'intérêt départemental ou communal? C'est aux conseils généraux ou municipaux que l'initiative en revient.

Bien plus! le gouvernement n'a alors le droit de simple autorisation que dans des cas exceptionnels, et, par exemple, s'il est nécessaire de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Ces règles nous paraissent ressortir de la façon la plus certaine des grandes lois de 1837, 1838, 1866, 1867 et 1871, sur l'administration des communes et des départements. Aussi nous étonnons-nous de lire dans l'avis précité de la Commission provisoire que le pouvoir central seul a le droit d'autoriser et de concéder une entreprise de travail ou de service public. Que devient cet axiome en présence de l'article 46 de la loi du 10 août 1871, article où il est dit, entre autres choses : « Le conseil général statue définitivement sur les objets ci-après désignés, savoir : ..... 9° projets, plans et devis de tous autres travaux à exécuter sur les fonds départementaux; ..... 11° concessions à des associations, à des compagnies ou à des particuliers, de travaux d'intérêt départemental; etc.? » Et, quant aux communes, le principe invoqué à

[1] Les deux mots *approuver* et *autoriser* sont synonimes dans la langue administrative, comme le montrent les articles 20 et 41 de la loi du 18 juillet 1837, où ils désignent successivement le même acte de tutelle.

Digitized by Google

l'occasion des tramways n'est guère moins inexact. C'est l'autorisation du préfet, non celle du chef de l'État, qui est exigée pour la plupart des entreprises qui regardent ces établissements, sans parler des cas où le conseil municipal lui-même a un droit de décision sans appel.

L'article 4 du sénatus-consulte du 25 décembre 1852, maintenu en vigueur pour les travaux des communes et des départements par l'article 2 de la loi du 27 juillet 1870, n'a pas, en effet, la portée qu'il paraît avoir au premier abord.

Pour s'en rendre compte, il suffira de lire le passage suivant de l'exposé des motifs de la loi de 1870 :

« Ce sont, y est-il dit, les départements et les communes qui règlent définitivement aujourd'hui les projets, plans et devis de tous les travaux à exécuter sur les fonds départementaux ou communaux [1]..... Ce sont eux seuls qui autorisent les travaux publics d'intérêt départemental et communal. Seulement, si ces travaux ne peuvent s'exécuter qu'au moyen de l'expropriation, département et commune sont obligés de recourir à l'autorité supérieure pour les faire déclarer d'utilité publique. Or, l'autorité supérieure qui dispose de la déclaration d'utilité publique, c'est le pouvoir exécutif, dont elle est un des attributs importants. Ce n'est, à vrai dire, qu'accessoirement et comme conséquence nécessaire d'autres prérogatives, que le pouvoir législatif en dispose également. »

Cette doctrine ne concorde guère avec ce droit exclusif d'autorisation et de concession que nous venons de voir réclamé au nom du gouvernement par ses conseillers ordinaires !

Et maintenant revenons-en aux tramways pour leur appliquer les principes qui précèdent.

Si les tramways sont d'intérêt national, le pouvoir central a le droit de les concéder ; sinon, il n'a même à donner de simples autorisations que dans les circonstances exceptionnelles où il peut intervenir pour les travaux des départements et des communes.

Telle est, à notre sens, la seule doctrine qui soit juridique.

Reste donc à décider si les tramways sont d'intérêt national

[1] Il y a ici une certaine exagération, du moins quant aux droits des communes.

Digitized by Google

Nous n'ignorons pas que tout est dans tout, et qu'on peut soutenir que la France tout entière profitera d'un chemin de fer à traction de chevaux établi à Bordeaux, par exemple, du pont de Brienne au passage de Lormont. Mais nous doutons que les membres du Conseil d'État eux-mêmes puissent entendre, sans sourire, énoncer cette proposition paradoxale. Du moins, est-il sûr que lorsque de simples omnibus desservaient bon nombre de rues où les tramways leur ont succédé depuis, le gouvernement n'avait pas encore découvert que l'intérêt du pays était mis en jeu par ces services de transport aux proportions modestes, limitées, municipales. On laissait aux communes le soin de concéder le droit de stationnement sur la voie publique à des industriels qui leur payaient une redevance plus ou moins importante. Parce que les roues des voitures portent sur des rails et non plus sur des pavés, les intérêts et les besoins à pourvoir ont-ils changé de nature?

Le Conseil d'État fait remarquer, il est vrai, dans son avis du 9 mars 1876, que « les entreprises de tramways sont destinées, non pas seulement à relier entre elles les parties d'une même ville, mais aussi, et le plus souvent, à établir une communication entre une ville et sa banlieue, et même entre deux villes voisines. »

Nous répondrons, d'abord, que, parce que certains tramways intéressent plusieurs communes, il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'il soit légitime d'enlever aux conseils municipaux le droit de concéder ceux qui ne desservent qu'une commune unique.

Mais, de plus, un travail peut intéresser plusieurs communes à la fois sans perdre son caractère municipal. Nous n'en voulons d'autre preuve que l'article 72 de la loi du 18 juillet 1837, rapprochée du n° 23 de l'article 46 de la loi du 10 août 1871. Il y est question de travaux intéressant plusieurs communes, et ce n'est que lorsque ces communes ne s'entendent point, et font partie de départements différents, que l'intervention du pouvoir central est exigée.

D'ailleurs, supposons même un tramway qui desserve un arrondissement tout entier, un département, deux départements, si l'on veut! Le gouvernement n'y gagnera rien. Quel texte lui permet, en effet, depuis la loi du 10 août 1871,

Digitized by Google

de contester aux conseils généraux de la région à desservir le droit de faire la concession de l'entreprise?

Le Conseil d'État ajoute que les tramways « empruntent presque toujours, à la fois, même dans l'intérieur d'une ville, des routes nationales, des routes départementales et des voies communales ».

A cela, nous répondrons encore qu'en admettant que l'argument soit bon à l'égard des tramways établis tout ensemble sur des routes nationales et départementales et sur des voies communales, il ne légitime pas le moins du monde la jurisprudence du Conseil d'État en ce qui touche les tramways qui sillonnent seulement des chemins vicinaux et des rues.

Mais, même par rapport aux chemins de fer passant tour à tour sur des voies publiques appartenant à l'État, aux départements et aux communes, le droit de concession que le gouvernement s'attribue nous semble contraire à tous les précédents. Les tramways ne sont pas les seuls travaux publics qui intéressent plus d'un réseau de voies. S'agit-il d'établir dans une ville un système d'égouts, des conduites d'eau, ou une canalisation pour l'éclairage au gaz? On est forcé d'emprunter des rues dépendant de tous les domaines. Les entreprises de ce genre sont-elles, pour cela, concédées par le pouvoir central? Pas que nous sachions! L'intérêt à satisfaire étant municipal, les administrations et les conseils municipaux prennent l'initiative de la mesure. Ils s'entendent seulement, selon les circonstances, avec les représentants de l'État ou des départements. Et ces représentants autorisent ou refusent, à leur gré, l'exécution des ouvrages à faire sur les dépendances des domaines publics qu'ils ont mission de conserver.

Nous croyons avoir démontré que le Conseil d'État a tort de réserver au gouvernement le droit exclusif de concéder les tramways, et nous irons même jusqu'à dire que cette jurisprudence est contraire à la nature des choses, non moins qu'aux principes de notre droit administratif.

Ce qui le prouve, c'est que l'État tend, de plus en plus, à concéder les tramways aux communes qu'ils desservent; sauf à leur permettre de les rétrocéder à des particuliers.

Lorsqu'on se propose d'établir un chemin de fer américain à Paris ou dans les environs, les membres de l'administration

Digitized by Google

centrale peuvent se rendre compte des besoins à satisfaire. Ils sont sur les lieux. Les grands courants de la population leur sont connus, tout autant que les voies les plus favorables aux transports.

Mais, quand une ville de province est en cause, cette compétence particulière n'existe plus. Évidemment, les autorités locales peuvent seules connaître les mille et mille circonstances qui doivent être prises en considération. Il n'est donc pas étonnant que le gouvernement soit amené à traiter alors avec les conseils municipaux, et à concéder aux communes les entreprises de tramways.

L'inconvénient de ces concessions, c'est qu'elles violent un principe fondamental du droit français. En les faisant, l'administration centrale autorise les communes à percevoir des prix et des taxes qui ne figurent pas dans le tableau des recettes que la loi des finances met, chaque année, à la disposition des établissements publics du pays. Or, il est élémentaire que ces établissements n'ont pas le droit de se créer des ressources en dehors des prévisions du législateur.

II

Le Conseil d'État a pensé que la Commission provisoire n'avait pas encore fait assez pour le gouvernement en lui réservant les concessions de tramways; et, dans son avis du 9 mars 1876, il a proposé de modifier deux articles du cahier des charges qui régit les entreprises de cette nature.

Le premier paragraphe de l'un des nouveaux articles est ainsi conçu :

« Art. 17. A l'expiration de la concession, et par le seul fait de cette expiration, le gouvernement sera subrogé *à tous les droits* du concessionnaire sur les voies ferrées; l'État entrera immédiatement en jouissance de ces voies et de leurs dépendances établies sur la voie publique, tant sur les routes nationales et départementales que sur les rues et chemins vicinaux; le concessionnaire sera tenu de lui remettre le tout en bon état d'entretien, et sans indemnité. »

Sur quel argument le Conseil d'État se fonde-t-il pour légitimer ce retour des tramways à l'État? C'est, dit-il, « qu'il est de principe que l'autorité qui fait une concession de tra-

Digitized by Google

vaux publics reprend, à l'expiration de la concession, le travail exécuté par le concessionnaire ; sauf à elle à faire, s'il y a lieu, une concession nouvelle ».

Nous découvrons, maintenant, les résultats utiles et pratiques de la confusion que nous dénoncions tout à l'heure entre les concessions et les autorisations de travaux publics. En vertu de textes qui ne parlent que d'autorisations à donner, on revendique, d'abord, le droit de concéder les tramways. Puis, on fait découler du droit de concession qu'on s'arroge, un droit de retour qu'il serait impossible de tirer du simple droit d'autorisation ! Mais ce que nous avons dit plus haut nous dispense d'insister sur ces paralogismes. Nous nous bornerons à déclarer que, si les tramways doivent appartenir un jour à qui a vraiment le droit de les concéder, ce ne sera point l'État qui les acquerra.

Examinons plutôt les conséquences de l'article 17 précité, spécialement dans l'hypothèse qui tend à devenir la plus générale, dans celle où les tramways sont concédés aux communes qu'ils sont principalement destinés à desservir.

Dans ce cas, comme dans les autres, l'article 17 veut qu'à l'expiration de la concession, et par le seul fait de cette expiration, le gouvernement soit « subrogé à tous les droits du concessionnaire sur les voies ferrées ».

Or, quels sont ces droits ? et ces droits sont-ils cessibles ? C'est là ce que nous avons à rechercher.

S'il ne s'agissait que du droit de propriété que les communes concessionnaires peuvent avoir sur les rails incorporés par elles physiquement aux routes et aux chemins qui n'appartiennent pas à leur domaine, nous ne verrions rien d'illégal dans la transmission qu'elles en pourraient faire à l'État. Ces rails se trouvent-ils sur des routes nationales ? La cession en va, en quelque sorte, de soi. Occupent-ils, au contraire, des voies départementales ou communales ? Il n'est point anormal que l'État les y laisse, pourvu que ce soit à titre précaire, et par la tolérance des communes ou des départements qui, à l'origine, auront consenti à l'établissement de tramways sur leur domaine public.

Mais la question change du tout au tout lorsque les voies ferrées à céder font partie des rues ou des chemins vicinaux appartenant aux communes concessionnaires. Si ces com-

Digitized by Google

munes transmettaient à l'État, comme le porte l'article 17, « tous les droits » qu'elles ont sur les rails qui font partie de leur domaine public, elles démembreraient évidemment ce domaine. Ce n'est pas en face d'un possesseur toléré simplement qu'elles se trouveraient ensuite. Non-seulement l'État serait devenu propriétaire des rails considérés en eux-mêmes; mais, de plus, il déciderait seul de l'opportunité qu'il y aurait à les conserver ou non sur les voies des communes. Vainement celles-ci jugeraient-elles peut-être nécessaire, dans leur intérêt propre, de supprimer ou de déplacer telle ou telle voie ferrée. Le gouvernement pourrait leur imposer les tramways à perpétuité, sans tenir compte des vœux timides que les conseils municipaux auraient, tout au plus, le droit d'émettre. Ce seraient là les conséquences logiques de l'article 17, conséquence fatale à l'autonomie des villes!

Par bonheur, notre droit administratif s'oppose à ces résultats. Des conventions, quand elles seraient passées par l'État avec des départements ou des communes, ne peuvent autoriser le démembrement du domaine public. Et nous sommes convaincu que le Conseil d'État lui-même, statuant au contentieux sur la validité de l'article 17, finirait par reconnaître que cet article ne respecte point les principes fondamentaux, incontestés, que nous rappelons ici.

Du reste, à l'appui de nos critiques, nous n'entendons invoquer que quelques passages de l'avis même que nous discutons. On y lit :

« Considérant..... que, si l'on voulait trancher la question en se préoccupant exclusivement de la nature des voies auxquelles les rails sont incorporés, *il ne serait pas moins contraire aux principes* d'attribuer aux villes un droit de propriété sur des rails incorporés à des routes nationales ou départementales ou à des chemins vicinaux appartenant à des communes voisines;

« Qu'il serait impossible d'admettre que les voies ferrées reviendraient, à la fin de la concession, à l'État, aux départements et aux communes proportionnellement à la longueur des routes nationales, des routes départementales, des rues dépendant de la voirie urbaine et des chemins vicinaux empruntés par les tramways; que cette solution ne permettrait pas à l'État de disposer librement de la concession et de la

Digitized by Google

renouveler dans les conditions les plus favorables pour l'intérêt du public. »

Ainsi le Conseil reconnait que la solution qu'il propose est aussi « contraire aux principes » que celle qui tendrait à attribuer aux villes la propriété des rails. Il n'en passe pas moins outre, afin que l'État puisse disposer librement des concessions de tramways, subordonnant ainsi la loi à des raisons d'opportunité plus ou moins contestables. Et un membre éminent de ce corps illustre s'étonnera ensuite qu'on regarde le Conseil d'État comme « la citadelle de la centralisation et de ses abus », au lieu de voir qu'il en est « le correctif[1] » !

Mais il est un autre droit que les villes ont sur les tramways et dont il nous reste à dire un mot, c'est celui qui ressort de l'article 31 de la loi du 18 juillet 1837, article où l'on trouve que « les recettes ordinaires des communes se composent:... 7° du produit des permis de stationnement et des locations sur la voie publique, sur les ports et rivières et autres lieux publics ».

Les termes, si généraux, de l'article 17 du cahier des charges des concessions de tramways nous obligent à nous demander si l'État prétend aussi devenir cessionnaire de ce dernier droit?

Quant à nous, nous ne saurions admettre qu'un conseil municipal quelconque puisse décider, même d'accord avec le gouvernement, qu'à partir de telle ou telle époque sa commune renoncera pour toujours à une partie des ressources que la loi lui attribue. Des décisions de ce genre seraient visiblement mauvaises et peut-être ruineuses au point de vue administratif; mais, de plus, elles violeraient l'esprit de toutes nos lois sur les fonctions municipales.

En tout cas, l'État ne saurait profiter de l'abandon qui lui serait fait ainsi du droit de stationnement sur des voies ferrées. C'est le législateur qui, chaque année, détermine la nature des revenus dont jouissent les établissements publics d'ordres divers. Que penserait-on d'un acte par lequel l'État céderait à une commune le droit de percevoir à l'avenir le principal de la contribution foncière qu'il exigeait jusque-là des habitants? Non moins anormale est la subrogation qu'une

[1] *Le Conseil d'État*, par M. Léon Aucoc, p. 162.

Digitized by Google

ville concessionnaire peut faire à l'État de tous ses droits sur les tramways incorporés à son territoire. L'article 17 produit donc des conséquences en désaccord avec nos lois fondamentales, en matière de finances comme en matière de domaine public.

Aux considérations juridiques qui précèdent, nous pourrions en ajouter d'autres d'un caractère tout administratif.

Il est permis de se demander, en effet, s'il est de l'intérêt bien entendu des populations de voir transformer en affaires d'État les établissements de tramways? si ce mode de transport ne se développerait point d'une façon plus rapide, plus prudente et plus profitable, par la libre initiative des conseils locaux? et si, enfin, les garanties que le public a le droit d'exiger en cette matière ne lui seraient pas amplement assurées par la tutelle que le pouvoir central et ses représentants exercent sur les communes?

Mais ce sont là des questions qu'il ne nous appartient pas de traiter ici, dans une simple revue de jurispudence.

H. BARCKHAUSEN.

LES INTÉRÊTS CAPITALISÉS DANS LES CONVENTIONS

ET LEUR COLLOCATION DANS LES ORDRES.

Par M. Henri Pascaud, juge d'instruction à Sancerre.

I

Avant d'aborder l'examen des principes qui s'appliquent aujourd'hui à la capitalisation des intérêts, il nous paraît utile de rappeler brièvement les lois qui ont réglementé cette matière dans le droit romain et dans notre ancienne législation. L'histoire répand toujours une vive clarté sur la science du droit, et ce serait se priver gratuitement d'un élément fécond d'interprétation que de négliger les enseignements législatifs du passé. Le Code civil, d'ailleurs, n'a-t-il pas emprunté une partie notable de ses prescriptions, soit à la législation de Justinien, soit même au droit romain ancien?

A Rome, les lois anciennes distinguaient la capitalisation

Digitized by Google

des intérêts échus de celle des intérêts à échoir. La première était admise, tandis que la seconde était prohibée. Il n'était pas nécessaire, du reste, que les intérêts, pour devenir eux-mêmes productifs d'intérêts, fussent dus pour un temps plus ou moins considérable, déterminé d'avance par la loi : ils pouvaient être capitalisés aussi bien au bout de quelques jours qu'après un délai plus long (L. 26, § 1, ff., *De condict. indeb.*). Justinien modifia cet état de choses, et, supprimant toute distinction entre les intérêts échus et les intérêts à échoir, il prohiba d'une façon absolue les intérêts des intérêts. La loi 28, C., *De usuris*, est formelle : « ...*Ut nullo modo « a debitoribus usuræ usurarum exigantur.* » Notre ancien droit français défendit également l'anatocisme. Une ordonnance de Philippe le Bel, divers arrêts des Parlements, la doctrine de tous les vieux légistes, le prouvent surabondamment. La prohibition s'étendit même aux matières commerciales; l'ordonnance de 1673 se prononça énergiquement sur ce point : « Les négociants, marchands et aucun autre ne pourront « prendre l'intérêt de l'intérêt, sous quelque prétexte que ce « soit. » Le droit intermédiaire lui-même laissa subsister l'ancienne interdiction. Telle est l'opinion de Merlin et de la Cour de cassation. Il n'est pas douteux en effet qu'aucun texte nouveau n'ayant abrogé les dispositions que nous venons de faire connaître, même sous une législation qui donnait toute liberté au taux de l'intérêt et considérait l'argent comme une marchandise, l'anatocisme continuait à être prohibé.

Ainsi, depuis Justinien, les lois ont constamment proscrit les intérêts des intérêts. Il est facile de se rendre compte des motifs dont s'est inspiré le législateur aux diverses époques que nous venons de rappeler. On ne peut méconnaître que la faculté de faire produire des intérêts aux intérêts déjà échus, qui deviennent ainsi un capital nouveau, est trop souvent, pour le débiteur, une cause de désastre et de ruine. Ce dernier, sous l'étreinte de la nécessité, alors qu'il est en proie à des besoins de fonds urgents, se crée des illusions funestes : il ne se rend point un compte suffisant de la portée et des conséquences des obligations qu'il contracte, n'apprécie pas exactement l'aggravation considérable que subira sa dette par l'effet de l'accumulation des intérêts capitalisés, et, tandis qu'il nourrit l'espérance chimérique de faire face à

Digitized by Google

ses engagements, voit fréquemment se creuser sous ses pas, au fur et à mesure que le temps s'écoule, l'abîme qui doit engloutir toutes ses ressources. Certes, si l'on n'envisage que les considérations philanthropiques par lesquelles se sont laissé guider les anciens législateurs, on doit approuver les dispositions protectrices qu'ils édictaient; mais la loi, est-il besoin de le dire? alors qu'il s'agit de défendre l'individu contre ses propres entraînements, contre les conséquences d'actes qu'il a consentis en pleine connaissance et en pleine responsabilité, ne peut excéder, dans la protection, certaines limites. Il est un principe qu'elle ne saurait méconnaître et devant lequel il faut qu'elle s'incline, lorsque aucune nécessité supérieure ne la force d'y apporter une exception. Ce principe, c'est la liberté des contrats. Toutes les fois donc que ni l'ordre public ni les bonnes mœurs ne seront intéressés, les conventions devront être librement formées, sans restrictions ni entraves aucunes, quelles que puissent être les conséquences qui en résulteront.

Cependant, dans le projet primitif du Code civil présenté en l'an VIII par le gouvernement consulaire, les vieilles prohibitions relatives aux intérêts des intérêts furent maintenues. Tant il est vrai que les errements séculaires du passé ont, en matière de législation, une force assez grande pour obscurcir momentanément les principes et entraver les réformes les plus juridiques! L'article 51 était ainsi conçu: « Il n'est point dû d'intérêts d'intérêts. Mais les sommes « dues pour des revenus, tels que baux à ferme, loyers de « maison, restitutions de fruits, forment des capitaux qui « peuvent produire des intérêts.

« Il en est de même des intérêts qu'un tiers paye pour un « débiteur à son créancier et des sommes provenant des in- « térêts dont les tuteurs sont tenus de faire emploi. »

Ce fut le 11 brumaire an XII que la question fut agitée dans le sein du Conseil d'État. (V. Locré, t. XII.) La discussion devait amener la modification d'un article si peu en harmonie avec les véritables principes. Elle est intéressante à plus d'un titre, car elle permet d'apprécier, dans toute leur étendue, les intentions du législateur. M. Pelet demande « si cet article abroge l'usage où l'on était de joindre au ca- « pital originaire les intérêts liquidés, pour ne faire du tout « qu'un seul et même capital. Souvent le créancier employait

Digitized by Google

« ce moyen pour épargner au débiteur le désagrément d'une « expropriation; mais, quand cet usage n'existerait pas, « pourquoi les intérêts d'une légitime due en argent auraient-« ils moins de faveur que l'article n'en donne aux loyers de « ferme et de maisons? »

Le consul Cambacérès répond que la disposition a seulement pour but d'empêcher que le juge ne prononce une condamnation d'intérêts des intérêts. M. Maleville dit que « la « question est de savoir si l'on doit abroger cet ancien prin-« cipe (la prohibition de l'anatocisme) et tolérer indéfini-« ment la stipulation ou la condamnation judiciaire des inté-« rêts des intérêts. » Et il ajoute : « Sans doute, on ne peut « pas empêcher qu'un créancier comptant avec un débiteur « qu'il tient dans les fers, ne l'oblige à reconnaître des inté-« rêts échus, comme un nouveau capital qu'il lui prête. Mais « la loi n'a pas besoin de lui indiquer ce moyen, et surtout « elle ne doit pas autoriser formellement et sans détour les « intérêts des intérêts. »

M. Pelet ayant déclaré que son intention n'était pas de parler de l'hypothèse où les intérêts étaient réglés par les parties, mais de celle où ils étaient liquidés judiciairement, M. Regnault de Saint-Jean d'Angély demanda que toutes les liquidations d'intérêts sans exception, faites soit de gré à gré, soit judiciairement, devinssent elles-mêmes productives d'intérêts. Un long débat, auquel M. Treilhard prit une part prépondérante, s'engagea ensuite sur cette question. Un certain nombre de membres du Conseil d'État combattirent la proposition de M. Regnault. Les orateurs les plus favorables à la stipulation des intérêts des intérêts s'accordèrent à dire que les parties pouvaient convenir que les intérêts de leurs capitaux produiraient des intérêts. Mais ils eurent soin de déclarer qu'il s'agissait des intérêts liquidés de gré à gré, et, par cette expression « liquidés », ils donnèrent à entendre clairement qu'ils n'avaient en vue que les intérêts échus et qu'une convention postérieure au contrat originaire et distincte de ce contrat pouvait seule rendre ces intérêts productifs à partir de leur échéance. M. Bigot-Préameneu dit « qu'il faudrait du moins pourvoir à ce que les intérêts « des intérêts ne pussent être exigés ou convenus, lorsqu'il « ne s'agirait pas d'intérêts dus au moins pour une année « entière. » M. Treilhard intervint ensuite et fit prévaloir

Digitized by Google

le principe de la liberté des contrats dans des termes qu'il est important de reproduire : « Maintenant le système est « changé, dit-il, le prêt à intérêt est autorisé : il faut donc « que les principes adoptés autrefois par les tribunaux, sur « les intérêts licites, soient étendus à ceux que produit le « prêt, puisqu'on ne peut admettre le système du prêt à « intérêt, sans en admettre également toutes les consé- « quences. »

A la suite de ces observations, la question fut renvoyée à la section. Une rédaction nouvelle fut soumise au Conseil d'État, et, dans la séance du 16 frimaire an XII, adoptée sans discussion. Elle est devenue l'article 1154 du Code civil : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des inté- « rêts, ou par une demande judiciaire ou par une conven- « tion spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans « la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une « année entière. » L'exposé des motifs, fait au Conseil d'État par M. Bigot-Préameneu, le 6 pluviôse an XII, après la conférence tenue avec le tribunat, indique suffisamment que l'esprit qui avait inspiré le langage de M. Treilhard présidait encore à la présentation de la rédaction définitive de la loi : « On a regardé, dit l'orateur, comme une conséquence « de la faculté généralement accordée de stipuler les inté- « rêts, la faculté de les stipuler ou le droit de les demander « en justice, même pour les sommes provenant d'intérêts « échus; mais en même temps on a prévenu l'abus dont se « rendent coupables les usuriers par des accumulations trop « fréquentes des intérêts avec les capitaux, pour faire pro- « duire aux sommes provenant de ces intérêts de nouveaux « intérêts. On a statué que les intérêts échus des capitaux « ne pourraient en produire, soit par convention, soit en « justice, à moins qu'il ne fût question d'intérêts dus au « moins pour une année entière. » Le rapport de M. Favard au Tribunat ne présente aucune considération qui soit de nature à faire supposer que le législateur ait modifié les principes qu'il avait précédemment adoptés.

Ainsi, d'après les travaux préparatoires du Code, la doctrine de M. Treilhard doit être admise dans toute son ampleur. Les intérêts des intérêts échus peuvent être exigés, à la condition qu'ils soient l'objet d'une convention spéciale ou d'une demande en justice et que, dans ces deux cas, ils

Digitized by Google

soient dus au moins pour une année. Toute autre restriction est contraire à l'esprit du législateur, et rien n'autorise à penser que les auteurs du Code civil aient eu l'intention d'entraver la liberté des contrats par des dispositions défavorables au crédit et en désaccord avec les principes sur lesquels il se fonde. C'est donc dans le sens le plus large, le plus économique, selon l'acception actuelle du mot, que nous devrons interpréter l'article 1154 du Code civil, en laissant de côté, comme ne rentrant pas dans notre sujet, ce qui est relatif aux demandes judiciaires d'intérêts des intérêts.

La convention que les intérêts échus, dus pour une année au moins, deviendront eux-mêmes productifs d'intérêts, peut-elle être faite, avant l'échéance de ces intérêts, dans le contrat qui intervient entre le prêteur et l'emprunteur d'un capital, par exemple? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le texte de l'article 1154 ne répugne pas à cette conclusion. Il déclare, il est vrai, que les intérêts échus seuls peuvent produire des intérêts, lorsqu'ils sont dus pour une année, mais il n'interdit pas de faire, au sujet de ces intérêts et avant leur échéance même, telle convention que les parties jugeront utile, pourvu que les stipulations consenties n'aient leur effet qu'au moment où lesdits intérêts seront exigibles. En un mot, ce que la loi a eu en vue exclusivement, c'est de limiter l'anatocisme, de le subordonner à l'observation des prescriptions qu'elle édicte pour empêcher, dans l'intérêt du débiteur, une trop grande accumulation des intérêts. Tirer de cette expression « les intérêts échus » la conséquence que le législateur ne permet aux parties de contracter qu'après l'échéance desdits intérêts, alors que son intention évidente a été de restreindre les effets de la convention aux intérêts dus pour une année sans s'expliquer sur le moment où cette convention pouvait être valablement conclue, ce serait abuser d'un argument de texte spécieux et en désaccord avec les larges doctrines que M. Treilhard a fait triompher en cette matière.

Une interprétation aussi littérale, aussi restrictive, est d'ailleurs en opposition avec l'esprit de la loi. M. Duranton l'a reconnu en termes excellents : « Le but que le législateur « s'est proposé dans l'article 1154, dit-il, a été uniquement « de prévenir l'usure, d'empêcher que par des conventions, « insérées dans des contrats de prêt ou autres, on ne fît pro-

Digitized by Google

« duire des intérêts à d'autres intérêts, qui seraient dus « pour moins d'une année de jouissance du capital; qu'on « ne fît, en un mot, des prêts à la petite semaine, comme « on dit quelquefois, ce qui n'a pas lieu le moins du monde « dans l'espèce en question. »

Il est de principe que les choses futures peuvent valablement être l'objet d'une obligation (art. 1130 C. civ.). Pourquoi donc cette règle ne serait-elle pas appliquée aux intérêts à échoir? Rien ne s'y oppose, si une disposition formelle de la loi ne l'interdit pas. Or aucun texte, pas plus l'article 1154 que tout autre, ne prohibe les stipulations relatives aux intérêts qui ne sont point encore exigibles. Dira-t-on que le créancier, par un contrat de cette espèce, renonce d'avance à la prescription et viole les dispositions de l'article 2220 du Code civil? Mais cet article se borne à interdire toute renonciation à la prescription faite d'avance, et ce n'est pas renoncer à la prescription que de capitaliser des intérêts dont l'échéance aura lieu successivement et dont le payement se fera à une époque ultérieure en même temps que le remboursement du capital. Dès lors une pareille convention n'a rien d'illégal.

La loi doit être interprétée dans le sens où ses dispositions peuvent produire un résultat, et non dans celui où elles seraient inutiles. Était-il besoin de proclamer dans l'article 1154, quand notre législation permet le prêt à intérêt, que les parties auraient la faculté de faire produire des intérêts aux intérêts déjà exigibles, dus au moins pour une année? Ce serait là évidemment une superfétation, une disposition dénuée de toute portée pratique, car les intérêts échus, comme tout autre capital, sont susceptibles de rapporter des intérêts si la convention le stipule. La loi n'a donc eu en vue que les intérêts à échoir. Autrement l'article 1154 serait inintelligible et sans utilité.

Dans un autre ordre d'idées, nous croyons que, toutes les fois qu'un texte bien formel ne s'y oppose pas, il faut donner au Code civil l'interprétation la plus favorable aux besoins de notre société moderne, au crédit privé qui est lui-même un des éléments du crédit public. Cette clause de la capitalisation des intérêts permet à des emprunteurs momentanément gênés, mais destinés à avoir plus tard une fortune considérable, de surmonter les difficultés d'une situation besoigneuse.

Digitized by Google

Tel sera le cas d'un nu-propriétaire obligé d'entretenir une famille et de marier ses enfants avec 5,000 francs de rente, alors que sa nue propriété vaut 300,000 francs. Quand l'usufruit dont il est grevé se sera consolidé sur sa tête, cet homme sera dans une position de fortune satisfaisante, mais, en attendant cette époque, sa situation est si précaire qu'il peut à peine faire face à ses besoins les plus urgents et qu'il lui est impossible d'établir convenablement ses enfants. Qu'on lui permette au contraire de capitaliser les intérêts des sommes qu'il sera forcément amené à emprunter, et il pourra vivre selon son rang, doter ses enfants et les marier dans des conditions pécuniaires et sociales conformes à ce qu'il a le droit d'espérer. D'autre part, même pour le débiteur dont la situation est déjà ébranlée, la capitalisation des intérêts peut avoir des résultats avantageux; elle prévient l'expropriation toujours si pénible et parfois si funeste, lorsqu'elle est faite inopportunément. D'ailleurs exiger une convention postérieure à la convention primitive pour que les intérêts échus deviennent eux-mêmes productifs, n'est-ce point multiplier à plaisir et sans profit les frais d'acte, de timbre, d'enregistrement, et gaspiller ainsi en dépenses relativement considérables des sommes qui ne peuvent servir à la libération du débiteur? M. Favard fait valoir un autre avantage que produit la capitalisation des intérêts, lorsqu'il dit au Tribunat : « Ce principe forcera encore les hommes à « l'exécution de leurs obligations en les punissant du retard « qu'ils voudront y porter. »

L'argument principal qu'invoquent les partisans de l'opinion contraire, c'est que la loi met absolument sur la même ligne la convention et la demande en justice. Ceci semble spécieux tout d'abord, mais l'examen de l'article 1154 ne permet pas de s'attacher longtemps à une idée manifestement erronée. La loi indique deux modes différents de capitalisation des intérêts, la demande en justice et la convention. Chacun d'eux produit les effets que comporte sa nature, et l'on ne peut pas arguer d'une prétendue indivisibilité pour appliquer à tous les deux des règles auxquelles l'un d'eux seul est soumis. Ainsi, il est évident qu'un tribunal ne peut condamner qu'au payement des intérêts échus au moment de la demande et non au payement des intérêts à échoir. Mais si la justice n'a pu statuer que sur le passé, que sur

Digitized by Google

des faits consommés, car il est de l'essence des jugements de ne point procéder par voie réglementaire, s'ensuit-il que la convention qui a la faculté de régler l'avenir n'ait pu légalement contenir une stipulation en vertu de laquelle les intérêts du capital deviendraient eux-mêmes productifs d'intérêts, à partir de leur exigibilité? Cela ne nous paraît soutenable à aucun point de vue.

Du reste, la doctrine s'est rangée en très-grande majorité à l'opinion que nous croyons vraie. A part MM. Marcadé et Demolombe que nous regrettons de ne pas voir adopter nos idées, tous les auteurs, Delvincourt, Duranton, Rolland de Villargues, Massé et Vergé sur Zachariæ, Aubry et Rau, Larombière, sont de notre avis. La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens (Montpellier, 20 juin 1839; Cass., 11 décembre 1844; Cass., 10 août 1859; Dijon, 26 avril 1866; Cass., 15 juin 1868, etc.). L'arrêt de 1844 rendu sur les conclusions conformes de M. Pascalis nous paraît topique et bon à citer : « Sur le deuxième moyen : — Attendu qu'aux « termes de l'article 1154 du Code civil, les intérêts échus « des capitaux peuvent produire des intérêts, pourvu que, « dans la convention spéciale où ils sont stipulés, il s'agisse « d'intérêts dus au moins pour une année entière;

« Attendu que si, dans l'espèce, la convention du 6 fé- « vrier 1820 a eu pour objet des intérêts futurs et non en- « core dus, cependant, comme l'époque à laquelle ces in- « térêts devaient produire d'autres intérêts était fixée, et « qu'à cette époque ils devaient être échus pour une année « entière, les parties ne se sont écartées, par cette stipulation, « ni des termes, ni de l'esprit de l'article précité;

« Attendu que la convention du 6 février 1820 ne viole pas « davantage, soit l'article 2220 du Code civil qui interdit la fa- « culté de renoncer à la prescription, soit l'article 2277 du « même Code, d'après lequel les intérêts des sommes prêtées « se prescrivent par cinq ans; car, d'une part, les parties qui, « dans l'acte dont il s'agit, se borneraient à traiter de choses « futures, ainsi que l'article 1130 les y autorisait, ne renon- « çaient réellement par là à aucune prescription, et que, de « l'autre, l'article 2277 ne s'appliquant qu'à des intérêts « échus que le créancier a négligé de réclamer, et les parties « ayant stipulé une capitalisation d'intérêts dont l'échéance « arrivera successivement, en fixant le terme du payement

Digitized by Google

« total, l'interdiction que s'impose l'une d'elles de les exiger « dans les cinq ans avait pu faire la matière d'une convention; — Rejette. »

II

La stipulation des intérêts des intérêts dans les conventions étant licite, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, qu'adviendra-t-il, si le débiteur, dans l'obligation notariée qu'il a consentie, donne une hypothèque pour garantir le payement des intérêts capitalisés ? L'inscription hypothécaire a été régulièrement prise, les tiers sont avertis que l'emprunteur, outre le capital originaire, peut devoir un autre capital qui consiste dans les intérêts des intérêts qu'il n'a pas acquittés ou n'avait pas le droit d'acquitter à l'échéance, et qui est placé par la convention sur la même ligne que le précédent dont il est l'émanation et la conséquence. Ils ne devront donc lui faire crédit qu'en tenant compte de ce qu'il s'est obligé hypothécairement au payement des intérêts capitalisés et réduire leurs avances du montant de la somme à laquelle peuvent s'évaluer ces intérêts. Ils ont pu connaître la situation du débiteur, ils n'ont pas su profiter de cette connaissance : tant pis pour eux, *jura vigilantibus prosunt.* Qu'un ordre vienne à s'ouvrir : seront-ils fondés à prétendre qu'au mépris d'une clause expresse de la convention, le créancier primitif n'a pas le droit d'être colloqué pour les intérêts des intérêts, au moins dans une certaine mesure? Nous ne le pensons pas, car une pareille doctrine ne peut résulter que d'un texte formel, tant elle est contraire au principe de la liberté des conventions, tant elle semble préjudiciable au crédit! A moins donc qu'une disposition bien précise n'interdise la collocation des intérêts des intérêts, elle doit être tenue pour licite, sauf à déterminer la mesure dans laquelle elle peut être admise.

Les principes généraux concernant les intérêts à colloquer et leur mode de collocation sont contenus dans l'article 2151 du Code civil qui est ainsi conçu : « Le créancier inscrit « pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit « d'être colloqué pour deux années seulement, et pour « l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour « son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à « prendre, pour les arrérages autres que ceux conservés par

Digitized by Google

« la première inscription. » On sait que dans l'ancien droit les intérêts, considérés comme l'accessoire de la créance, obtenaient le même rang hypothécaire que cette créance. Le Code civil a donc créé une innovation considérable. Deux motifs principaux paraissent avoir inspiré le législateur : il a voulu d'abord punir la négligence présumée du créancier qu'il considère comme étant en faute, lorsqu'il ne réclame pas régulièrement, au fur et à mesure des échéances, le payement des intérêts qui lui sont dus; il a eu pour but, d'autre part, d'empêcher l'accumulation des intérêts qui pouvait avoir pour conséquence de priver les créanciers postérieurs de leurs capitaux. Comme l'a dit excellemment M. Troplong : « Quelque précieux que soient les intérêts, « les capitaux ont quelque chose de plus favorable encore. « Il ne suffit donc pas que la publicité soit satisfaite, et que « la convention soit exempte de fraude; il faut de plus que « les capitaux prêtés par les créanciers subséquents ne soient « pas sacrifiés à des intérêts arréragés pendant un grand « nombre d'années. » Ces considérations sont certainement de nature à justifier la règle si sage de l'article 2151.

Mais cet article dit-il que les intérêts des intérêts ne pourront être colloqués ? En aucune façon. Il accorde au créancier deux années d'intérêts et l'année courante. Comme les intérêts ne sont garantis par l'hypothèque que dans cette mesure restreinte, il lui donne la faculté de prendre des inscriptions particulières pour la conservation des intérêts que ne protége pas cette disposition. On le voit, aucune prohibition n'est portée contre la collocation des intérêts des intérêts dans l'article 2151, et, à notre connaissance, il n'existe dans le Code civil aucun texte qui interdise de colloquer les intérêts capitalisées, conformément à la convention. Il va de soi du reste que l'on devra soumettre ces intérêts à la règle générale et ne les admettre que pour les deux années et l'année courante qui précéderont la transcription de la saisie.

Peut-être certains esprits seront-ils disposés à soutenir qu'on viole ainsi le principe consacré par l'article 2151, et qu'on accorde, par cette interprétation, plus de deux années et de l'année courante d'intérêts. A première vue, cet argument semble avoir une certaine valeur, mais la réflexion démontre bientôt qu'il n'est que spécieux. Quelle est en effet

Digitized by Google

la nature des intérêts des intérêts garantis par une hypothèque? Ils ne constituent plus des intérêts dans le sens ordinaire du mot; ils forment une créance nouvelle, un capital nouveau qui, tout en étant le produit du capital principal dont il dérive, n'en a pas moins une existence propre, une individualité particulière. L'article 2151 n'a certainement pas interdit de garantir par la même inscription hypothécaire plusieurs sommes dont la provenance n'est pas identique, mais qui constituent chacune un *capital*, selon l'expression de la loi. Ainsi donc, pourvu que la collocation des intérêts des intérêts ne soit faite que pour deux années et l'année courante, les prescriptions légales seront observées et le vœu du législateur qui tend à prévenir l'accumulation des intérêts au préjudice des créanciers postérieurs sera suffisamment accompli.

M. Paul Pont, dans son *Traité des priviléges et hypothèques*, s'est occupé de cette question. Mais il la tranche dans un sens entièrement opposé à celui que nous nous efforçons de faire prévaloir, sans doute parce que, au lieu de rechercher ce que constituent les interêts capitalisés, c'est-à-dire une créance nouvelle, il s'en est tenu strictement à l'expression « intérêts » qu'emploie la loi et au sens qu'elle reçoit d'ordinaire : « Voyons maintenant, dit-il, quels sont les in-
« térêts auxquels s'étendent les prévisions du législateur.
« Ici encore, il faut s'attacher aux termes de la loi, et, sans
« étendre ces termes, leur laisser au moins toute leur portée.
« Or la loi donne, par l'effet de l'inscription prise pour sû-
« reté d'un capital, le rang hypothécaire de ce capital aux
« *intérêts ou arrérages* qu'il produit. De là plusieurs consé-
« quences : d'une part, puisque notre article parle limita-
« tivement des *intérêts*, la collocation autorisée ne doit pas
« comprendre l'intérêt des intérêts. »

La jurisprudence n'a traité que bien rarement le point de droit que nous examinons. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 25 novembre 1846 a statué en ces termes d'un laconisme véritablement exagéré : « Attendu que les intérêts
« des intérêts ne sauraient être alloués *entre créanciers*, sans
« ajouter aux dispositions restrictives de l'article 2151 du
« Code civil, confirme le jugement dont est appel. » La question a été ensuite discutée devant le tribunal de Saint-Amand et devant la Cour de Bourges. Une dame veuve

Digitized by Google

Charvin avait été colloquée, à la date du 14 mai 1842, pour un principal de 100,000 francs, pour une somme de 10,000 francs, montant de deux années d'intérêts conservés par l'inscription, pour une somme de 3,000 francs, intérêts de ces intérêts capitalisés. Le tribunal statua de la façon suivante : « En ce qui concerne la dame veuve Charvin : — « Attendu qu'elle a été colloquée à juste titre, pour les in- « térets des intérêts ; que les intérêts convertis en capital « sont dus pour deux années; que les intérêts des intérêts « ont été demandés par l'acte de produit; qu'un acte de « produit signé de l'avoué et contenant une demande en « collocation est une véritable demande judiciaire ; — At- « tendu qu'il n'est pas contesté que les intérêts qui suivent « ceux conservés par l'inscription et continuent de courir « pendant les opérations de l'ordre, ne doivent être collo- « qués au rang du capital; que les intérêts des intérêts sont « toujours l'accessoire de la même créance, ou, si l'on veut. « l'accessoire d'un autre capital avec un sort commun, main- « tient, dans la collocation de la dame veuve Charvin, les in- « térêts des intérêts. » Par arrêt du 30 avril 1853, la Cour de Bourges a réformé ce jugement : « Considérant, quant au « grief relatif à la collocation de la dame Charvin pour les « intérêts des intérêts capitalisés, qu'aux termes de l'ar- « ticle 2151 du Code Napoléon, le créancier inscrit pour « un capital produisant intérêts ou arrérages a droit d'être « colloqué, pour deux années seulement et l'année cou- « rante, au même rang d'hypothèque que son capital; — « Que, sans doute le créancier peut demander que ces in- « térêts soient capitalisés et produisent des intérêts, mais « que les intérêts produits forment un supplément de « créance qu'on ne saurait faire entrer dans la collocation « sans excéder les limites que la loi a tracées; — Qu'ajouter « aux intérêts des intérêts accessoires, ce serait aggraver la « position des créanciers postérieurs, contrairement à leurs « prévisions fondées sur les dispositions précises et limita- « tives de l'article 2151 : qu'il y a lieu dès lors de retrancher « lesdits intérêts de la collocation de la dame Charvin, sauf « son recours contre son débiteur. »

On remarquera que le tribunal de Saint-Amand avait colloqué tous les intérêts des intérêts comme accessoire de la créance, au lieu de les soumettre à la règle de l'article 2151.

Digitized by Google

Dès lors, la Cour devait prononcer l'infirmation, mais, à notre sens, elle a eu tort de ne ne point allouer les intérêts des intérêts pour deux années et l'année courante. La Cour de cassation n'a pas eu, à notre connaissance du moins, à statuer sur la question. Le dernier monument de jurisprudence que nous puissions citer est un jugement du tribunal de Sancerre, en date du 13 novembre 1876, qui a colloqué dans l'ordre Bizeau, plusieurs créanciers pour les intérêts des intérêts : « En ce qui touche la capitalisation des in-« térêts : — Attendu, dit le jugement, qu'étant admis que « cette convention est licite par avance entre le créancier et « le débiteur, s'appliquant à des intérêts dus pour une année « entière, et une mention de cette clause dans l'inscription « hypothécaire ayant averti les intéressés de son existence, « il n'y a pas de raison pour ne pas considérer les intérêts « comme un capital, ce qui exclut l'application de l'ar-« ticle 2151, uniquement relatif à la limitation des intérêts « proprement dits, ordonne que les intérêts seront capita-« lisés conformément aux dispositions des actes d'obliga-« tion. » Le tribunal de Sancerre commet une erreur évidente en assimilant les intérêts à un capital qui ne tomberait pas sous l'application des principes généraux pour le payement des intérêts qu'il produit. L'article 2151 ne fait, en effet, aucune distinction entre les intérêts proprement dits et les intérêts capitalisés. Ces derniers sont même moins favorables que les intérêts du capital primitif. Dès lors il n'est pas juridique d'admettre qu'ils peuvent échapper aux restrictions édictées par la loi. D'ailleurs ce serait aller à l'encontre des vœux du législateur qui veut empêcher toute accumulation exagérée d'intérêts que de colloquer les intérêts des intérêts pour une période de temps qui excédérait deux années et l'année courante. Quoi de plus arbitraire enfin qu'une solution qui favorise l'accessoire aux dépens du principe?

Une jurisprudence, qui se refuse à considérer comme un capital garanti par l'inscription les intérêts des intérêts du capital primitif, pour les deux années et l'année courante, est véritablement en dehors des termes et de l'esprit de notre législation. Nous avons démontré qu'aucune disposition légale n'interdit la collocation des intérêts capitalisés, dans les limites de l'article 2151 bien entendu. Il faut respecter, d'autre part, le grand principe de la liberté des conventions,

Digitized by Google

toutes les fois que l'intérêt supérieur de l'ordre public et des bonnes mœurs n'y fait point échec. Or, personne ne peut prétendre que les bonnes mœurs et l'ordre public soient intéressés à cette restriction excessive de l'effet des contrats librement consentis. Ce que la loi a voulu, on s'en souvient, en édictant la limitation des deux années et de l'année courante, c'est empêcher que les intérêts ne s'accumulent au détriment des créanciers postérieurs. La situation n'est donc pas sensiblement modifiée, lorsqu'on accorde les intérêts des intérêts pour le même temps. La doctrine qui refuse ce bénéfice aux premiers créanciers accorde, en quelque sorte, une prime à l'imprévoyance et à l'incurie des créanciers subséquents. Ceux-ci, en effet, dûment avertis par l'inscription hypothécaire, ont dû régler le quantum des sommes qu'ils prêtaient sur l'éventualité d'un payement des intérêts des intérêts dans les limites légales. Croit-on que la loi ait entendu aller jusque là ? Cette jurisprudence d'ailleurs est une entrave et un obstacle pour le crédit. Elle substitue arbitrairement aux larges idées dont M. Treilhard s'est fait l'organe dans le Conseil d'État des restrictions auxquelles le législateur de 1804 ne paraît pas avoir songé. Ce n'est pas à notre époque qu'un système aussi étroit peut l'emporter : de nos jours, le Code civil doit être interprété, toutes les fois qu'un texte formel ne s'y oppose pas, dans le sens le plus favorable aux idées, aux besoins actuels et au crédit qui est l'élément essentiel et la vie de notre société contemporaine.

H. PASCAUD.

HYPOTHÈQUE MARITIME.

EXAMEN D'UN PROJET DE LOI AYANT POUR OBJET DE MODIFIER LA LOI DU 10-22 DÉCEMBRE 1874.

Par M. Ch. Massigli, avocat à la Cour d'appel d'Aix.

La transformation qui s'accomplit depuis quelques années dans l'outillage des transports maritimes, et la révolution opérée dans le régime économique de la marine marchande, par la loi du 19 mai 1866 abolitive des surtaxes de pavillon, ont créé, pour l'armement français, des besoins impérieux auxquels le crédit est l'un des moyens les plus efficaces de subvenir. Mais le crédit ne va pas sans sûretés, et sans sûretés

Digitized by Google

réelles, alors surtout qu'on lui demande de venir en aide à des entreprises qui présentent toujours quelque chose d'aléatoire et à une industrie dont on redit depuis des années la décadence. Or, sous l'empire du Code de commerce, le navire ne pouvait pas servir de garantie à des opérations de crédit; meuble, il ne pouvait pas être hypothéqué, et sa destination s'opposait à ce qu'il fût l'objet d'un contrat de gage qui l'aurait condamné à l'inaction. La pratique avait, il est vrai, tenté de remédier à cet état de choses, mais les moyens auxquels elle avait eu recours n'étaient que des expédients. Combler cette lacune, tel fut le but que la Commission chargée en 1865 de la révision du livre II du Code de commerce se proposa d'atteindre, en introduisant dans son projet l'hypothèque maritime; telle fut également la pensée qui a inspiré les auteurs de la loi du 10 décembre 1874.

Les résultats ont-ils répondu aux espérances que l'on avait fondées sur cette loi? Il faut malheureusement reconnaître que non : elle n'est pas entrée dans les mœurs, elle est à peine appliquée[1]. Toutefois, hâtons-nous de le dire, la faute n'en est pas à son principe lui-même; car mieux que toute autre sûreté, l'hypothèque peut servir de base à l'organisation du crédit maritime, et si les services rendus jusqu'ici par la loi de 1874 ont été nuls ou à peu près, c'est qu'elle s'est heurtée d'abord contre une opposition injustifiable de la part des compagnies d'assurances, c'est surtout parce que notre marine marchande attend encore les réformes qui doivent lui rendre la vitalité et lui donner l'occasion de mettre en œuvre les ressources que le crédit pourra lui fournir désormais.

A ces causes d'impuissance, vient s'ajouter l'imperfection de certaines des règles qui régissent la nouvelle institution; nous croyons cependant qu'à cet égard on a quelquefois conçu des craintes exagérées. Quoi qu'il en soit, la révision de la loi sur l'hypothèque maritime est aujourd'hui demandée, elle fait l'objet d'un projet de loi que nous allons analyser, qui a été présenté par M. Le Cesne à la Chambre des députés le 16 juin 1876 et qui sert de complément à un

[1] Du 1er mai 1875, époque de la mise en vigueur de la loi sur l'hypothèque maritime, au 25 janvier 1877, la douane de Marseille n'a reçu que quinze inscriptions pour garantie d'une somme totale de 1,623,000 francs.

Digitized by Google

autre projet « ayant pour but de venir en aide à la marine marchande dans les règlements, la construction, l'armement et le crédit [1] .

En droit commun et lorsqu'il s'agit de constituer hypothèque sur un immeuble, la loi exige, à peine de nullité, la présence d'un notaire au contrat (art. 2127 C. civ.). La loi du 10 décembre 1874 a dérogé à cette règle, et, dans un but de célérité et d'économie, elle a autorisé la constitution de l'hypothèque sur navire par acte sous seing privé, aussi bien que par acte authentique (art. 2, § 1). Cette faveur ne parut pas suffisante. En effet, l'acte sous seing privé, dont il est ici question, n'est pas un écrit indépendant de l'acte d'emprunt, qui n'aurait pour but que de constater la constitution d'hypothèque et qui, ne contenant en lui-même aucun mouvement de valeur, n'aurait été soumis, au point de vue de l'enregistrement, qu'au droit fixe indiqué dans l'article 68-6° de la loi du 22 frimaire an VII et modifié par les lois du 15 mai 1850 (art. 8) et du 19 février 1874 (art. 2); la loi vise une autre hypothèse beaucoup plus fréquente, celle où l'affectation du navire à la garantie de l'emprunt résulte de l'acte même qui constate celui-ci; cet acte aurait dû être enregistré, d'après les règles générales, au droit proportionnel de 1 p. 100 augmenté des décimes. La perception de ce droit, sur des sommes qui seront ordinairement assez importantes et qui ne seront guère empruntées qu'à courte échéance, aurait pesé si lourdement sur le débiteur que les emprunts hypothécaires n'auraient jamais été contractés qu'à la dernière extrémité; en outre, les actes contenant constitution de gage en matière commerciale, quoique créant un privilége au profit du créancier, échappent à l'enregistrement; il était donc naturel d'accorder certains avantages à l'hypothèque maritime, d'autant plus qu'il s'agissait d'un acte nouveau, qui n'avait jamais compté comme source de recettes au profit du Trésor et que celui-ci ne pouvait, dès lors, éprouver aucun préjudice. Tels sont les motifs qui ont inspiré la disposition du § 2 de l'article 2 portant que « pour l'inscription de l'hypothèque, l'acte sous seing « privé ne sera passible que du droit fixe de 2 francs. Mais « le droit proportionnel pourra être ultérieurement exigé

[1] V. le *Journal officiel* des 1er, 2 et 3 juillet 1876,

Digitized by Google

« dans les cas où les actes sous seing privé y sont assujettis, « conformément aux lois sur l'enregistrement. » L'acte sous seing privé, il faut le remarquer, est seul à bénéficier de cette faveur, et le législateur, sans se laisser toucher par les considérations qu'invoquait l'honorable M. Sébert (*Journal officiel* du 28 juin 1874, p. 4122), a maintenu les règles ordinaires en ce qui concerne l'acte authentique; d'un autre côté, ce n'est qu'au point de vue de l'inscription que l'acte sous seing privé échappe à la perception du droit proportionnel et celui-ci devient exigible si l'acte se manifeste d'une autre manière. (Cf. art. 22 et 23 de la loi du 11 juin 1859 visés dans les travaux préparatoires.) C'est sur ce dernier point que s'est portée d'abord l'attention de M. Le Cesne, et son projet supprime, dans le § 2 précité, la disposition relative au droit proportionnel. Ce changement doit évidemment entraîner la suppression des mots « pour l'inscription » qui se trouvent dans la première phrase et qui n'auraient plus désormais aucun sens ou qui prêteraient à l'équivoque; mais ceci n'est qu'une observation de pure forme. Au fond, nous doutons que la proposition, telle qu'elle est présentée, soit acceptable. Sans doute, comme le dit M. Le Cesne dans son Exposé des motifs, la loi sur l'hypothèque maritime n'a pas un caractère fiscal, elle a en vue d'attirer les capitaux vers la marine et, pour atteindre ce but, il faut faire des avantages aux prêts maritimes et les affranchir du droit proportionnel; aussi nous voudrions que cette mesure fût générale et que la faveur ne dépendît pas de la forme qu'affecte l'acte d'emprunt. Dans l'état actuel des choses, l'inégalité de traitement est du moins tempérée par l'éventualité de la perception du droit proportionnel sur l'acte sous seing privé; dans le projet, au contraire, il n'y a plus de compensations.

C'est là ce que nous ne saurions admettre et ce qui nous paraît injustifiable. L'acte authentique présente des garanties que n'offre pas l'acte sous seing privé, il ne faut donc pas arriver à en proscrire l'usage; pourtant il est certain que si l'article 2 était rédigé selon les vœux de M. Le Cesne, aucun prêt hypothécaire sur navire ne se ferait plus à l'avenir autrement que par acte sous seing privé.

Une disposition du projet, beaucoup plus importante au point de vue juridique, est celle qui établit « que pour tout

Digitized by Google

« navire appartenant à plusieurs copropriétaires, l'hypo-
« thèque ne sera contractée que sur sa totalité et seulement
« par l'armateur titulaire qui, sous sa responsabilité, sera
« tenu d'en attribuer exclusivement les produits aux be-
« soins de l'armement, sans que le prêteur soit tenu d'en
« surveiller l'emploi [1]. » Ainsi se trouverait abrogée la faculté que l'article 3 actuel reconnaît à chacun des copropriétaires du navire d'hypothéquer sa part, et nous ne pourrions qu'applaudir à cette réforme.

La Commission de 1865 n'avait pas admis, dans son premier projet, que l'un des copropriétaires pût ainsi engager sa part; toute constitution d'hypothèque nécessitait le concours de la majorité des quirataires. Lorsque le projet fut communiqué aux chambres de commerce, plusieurs d'entre elles s'élevèrent contre cette disposition. « Les auteurs du
« projet, disait notamment la chambre de commerce de
« Marseille, ont eu la pensée de mettre la loi nouvelle en
« harmonie avec l'article 2124 du Code civil qui interdit d'em-
« prunter hypothécairement sur les choses dont on ne peut
« disposer et avec l'article 220 du Code de commerce qui
« n'accorde qu'aux propriétaires représentant au moins la
« moitié du navire la faculté de provoquer la licitation,
« mais, malgré l'interdiction édictée par l'article 220, le pro-
« priétaire d'une part inférieure à la moitié n'en reste pas
« moins libre de disposer de cette part, de la céder et de la
« transmettre; il ne se trouve pas rigoureusement placé
« dans le cas prévu par l'article 2124 et, par une disposition
« spéciale de la loi, le prêteur sur une part inférieure à la
« moitié pourrait être autorisé à provoquer, en cas de non-
« payement, la vente aux enchères de la part qui lui a été
« donnée en gage, sans que la licitation du navire eût lieu
« pour cela. »

Cette manière de voir avait prévalu dans le projet définitif rédigé par la Commission en 1867, c'est celle qu'a consacrée le législateur de 1874, et elle n'a trouvé aucun contradicteur dans le sein de l'Assemblée nationale. On a cru qu'elle n'était et ne pouvait être que favorable au crédit, on n'a pas remarqué d'abord qu'elle était une violation des principes, ensuite qu'elle allait donner lieu à des embarras et à des difficultés extrêmement graves.

[1] Comparez M. Billette, *Révision de la loi sur l'hypothèque maritime*, p. 21.

Digitized by Google

Le Code civil, déterminant les règles qui constituent le droit commun en matière de société, ne permet pas que l'un des associés dispose en rien, soit directement, soit indirectement par concession de droits réels, des choses mobilières ou immobilières qui appartiennent à la société (art. 1859-4° et 1860 C. civ.); la solution contraire eût engendré un croisement continuel de droits rivaux qui aurait abouti à rendre impossible le fonctionnement de la société. L'associé peut cependant disposer de son intérêt, c'est-à-dire du droit qui lui compète de participer aux bénéfices et de venir au partage du fonds social; en cela il n'entrave pas la marche de la société. Si la loi de 1874 avait maintenu ces principes, le quirataire, quoique libre en tout ce qui concerne la disposition de son intérêt proprement dit, n'aurait pas pu hypothéquer le navire, pas même dans la proportion de ses droits, car ç'aurait été toucher à la chose indivise sur laquelle le droit de chacun des copropriétaires est nécessairement limité par le droit des autres. Mais l'article 3 autorise cette constitution d'hypothèque. La situation que voici peut dès lors se produire : un navire que nous supposerons d'une valeur de 600,000 francs appartient à trois copropriétaires possédant chacun huit quirats. Primus, l'un des quirataires, donne hypothèque sur sa part pour garantie d'une somme de 150,000 francs; Secundus et Tertius agissent de même jusqu'à concurrence de 100,000 francs chacun. La société a tout à coup besoin de recourir à un emprunt, l'armateur-gérant cherche un bailleur de fonds, il offre hypothèque sur le navire (il en a reçu le pouvoir, nous l'admettons); mais l'état des inscriptions révélant une affectation antérieure qui absorbe presque les deux tiers de la valeur du navire, le capitaliste gardera son argent. Le pouvoir d'administrer les intérêts communs, confié à l'armateur, n'est-il pas réduit à néant? La règle tutélaire de l'article 220 du Code de commerce n'est-elle pas absolument renversée[1]?

Qu'on ne prétende pas, qu'en définitive chaque copropriétaire doit pouvoir faire pour sa part ce qu'un propriétaire unique pourrait faire pour le tout. Quand il n'y a qu'un pro-

[1] Le mérite de cette remarque, qui n'a été faite jusqu'ici par aucun des auteurs qui ont écrit sur l'hypothèque maritime, appartient en entier à notre savant maître, M. Laurin, professeur de droit commercial à la Faculté d'Aix.

Digitized by Google

priétaire unique, il a la disposition pleine et entière de sa chose, il a sur elle un pouvoir souverain, il peut en user comme il l'entend, c'est l'exercice naturel de son droit, il n'y a en face de lui aucune puissance rivale qui puisse l'arrêter. Au contraire, quand une chose est commune à plusieurs personnes, c'est dans la réunion de tous les copropriétaires, ou tout au moins dans la majorité (art. 220 C. com.), que réside la *plena in re potestas;* aucun d'entre eux ne peut user de manière à empêcher l'usage des autres.

On pourrait insister cependant et dire : Ce qui est hypothéqué, ce n'est pas le navire, c'est la part de tel ou tel quirataire, une part qui lui appartient et dont il a le droit de disposer. Le raisonnement porterait si le créancier hypothécaire acceptait cette part telle qu'elle se comportera un jour, augmentée ou diminuée par les actes du mandataire préposé à la gestion des intérêts communs, actes que le quirataire est tenu de laisser accomplir. Mais le créancier hypothécaire ne voudra pas de cette situation; étant donnée la disposition actuelle de la loi, il a le droit de se prévaloir de son hypothèque contre tout créancier venant à une date postérieure à son inscription, quand même il s'agirait d'un créancier se présentant du chef de la majorité et ayant traité avec elle; c'est, nous le répétons, la violation de l'article 220 du Code de commerce. On a voulu favoriser le quirataire, c'est à tort: entre son crédit particulier et celui de la société dont il fait partie il n'y avait pas à hésiter, d'autant mieux que, s'il faut en croire les praticiens, les emprunts que contractera individuellement l'un des copropriétaires ne seront jamais faits en vue d'opérations maritimes.

Une autre modification, introduite par le projet, consiste dans la suppression de l'une des conditions aujourd'hui exigées pour la conservation de l'hypothèque maritime. Désireux de maintenir le principe de la publicité des hypothèques, les auteurs de la loi de 1874 ont établi d'abord une formalité qui correspond exactement à celle qui est prescrite en matière d'hypothèque sur immeubles; elle consiste dans une inscription faite sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé (art. 6, § 1). Mais on a ajouté au droit commun en ordonnant que l'inscription serait immédiatement certifiée par le receveur des douanes sur le contrat d'hypothèque ou sur une expédition

Digitized by Google

authentique dont la représentation lui doit être faite (art. 6, § 3), formalité inutilement empruntée à la législation anglaise et qui, chez nous, fait double emploi avec la mention mise au bas du bordereau d'inscription resté aux mains du requérant (art. 9); on a innové encore en disposant que si le navire a déjà son acte de francisation, l'inscription doit être également portée au dos dudit acte par le receveur des douanes (art. 6, § 2). C'est cette dernière règle que le projet fait disparaître. Les législateurs de 1874 ont considéré que le navire n'est pas fait pour demeurer immobile dans son port d'attache, que, lorsqu'il est en cours de navigation, des tiers peuvent avoir besoin de savoir s'il est libre ou s'il est grevé d'hypothèques, et qu'à défaut du registre des inscriptions qui est au port d'immatricule, l'acte de francisation, qui voyage avec le navire (art. 226 C. com.), sera là pour les éclairer. Ce motif semble justifier pleinement la disposition de la loi, et cependant on a prétendu qu'elle ne peut que nuire aux intérêts de la marine marchande. Cette formalité, a-t-on dit, est préjudiciable au prêteur, parce qu'il ne dépendra pas toujours de lui qu'elle s'accomplisse, et pourtant elle est indispensable pour la conservation de ses droits; elle est préjudiciable à l'armement, parce qu'elle implique cette condition que le navire soit à son port d'attache pour qu'une hypothèque puisse être inscrite, de telle sorte que le propriétaire d'un navire en voyage n'aura pas, dans le lieu de sa demeure, le moyen de l'hypothéquer; elle lui est préjudiciable encore parce qu'elle revèle au capitaine et au public la situation pécuniaire du propriétaire du navire; elle offre enfin cet inconvénient que si la radiation d'une inscription est opérée pendant que le bâtiment est en cours de navigation, les indications fournies par l'acte de francisation ne concordant plus avec celles du registre (art. 15, § 4); les tiers qui ne consulteront que les premières n'auront plus que des renseignements inexacts, ils croiront au maintien d'hypothèques qui, en réalité, ont disparu, et le crédit de l'armateur en sera certainement atteint.

Il semble que ces critiques aient quelque fondement; nous ne saurions cependant y adhérer. Et d'abord, il n'est pas besoin d'insister beaucoup pour démontrer l'utilité de la mention portée sur l'acte de francisation, au point de vue des tiers. Nous ne parlerons pas du cas où un emprunt serait contracté, en

Digitized by Google

cours de voyage, sur le navire déjà hypothéqué, parce que cette circonstance ne pourrait se produire qu'en supposant conservée une disposition que le projet fait disparaître avec beaucoup de raison, celle de l'article 26 qui organise l'hypothèque éventuelle; mais il peut se présenter d'autres hypothèses. Voilà, par exemple, un négociant qui se propose une expédition : il tient évidemment à ne charger ses marchandises que sur un navire en mesure d'effectuer son voyage en temps opportun; or, si ce navire est grevé d'hypothèques, n'y a-t-il pas à craindre qu'une saisie ne vienne à être pratiquée, quand le chargement sera presque complétement opéré, de telle façon que tout le bénéfice de l'opération soit manqué parce qu'elle n'aura pas pu avoir lieu en temps utile? Ne vaut-il pas mieux que la situation soit connue dès l'abord? Et les assureurs! Ils sont les premiers à déclarer que l'existence d'hypothèques sur le navire augmente les risques en désintéressant l'armateur de sa conservation, quels moyens auront-ils de connaître l'état hypothécaire quand on ne sera pas au port d'immatricule? On répond que les communications sont aujourd'hui rapides, qu'il sera facile de demander un état des inscriptions au port d'attache: mais si grande que puisse être la facilité des communications, la nécessité de faire prendre ces renseignements ne laisserait pas que d'entraîner des lenteurs préjudiciables. On invoque l'intérêt du prêteur; il est bien facile de le sauvegarder. Si le capitaliste craint que l'acte de francisation ne soit pas entre les mains du receveur des douanes et que l'on ne puisse pas y faire la mention de l'inscription, il n'a qu'à prendre une précaution bien simple, qui consistera à stipuler que les fonds demeureront entre ses mains jusqu'à ce qu'il soit justifié de l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires pour la conservation de ses droits. En ce qui concerne l'armement, la critique est encore exagérée. Il est vrai que la nécessité de mentionner l'inscription sur l'acte de francisation s'oppose à ce que l'on donne hypothèque sur un navire en voyage; toutefois on doit observer que la situation du propriétaire est la même au point de vue de la vente, il ne peut pas non plus, quand son navire est en cours de voyage, en faire une aliénation qui produise ses effets vis-à-vis des tiers [1], parce que la

[1] Cf. Cass., 3 juin 1863; Cass., 16 mars 1864; Rennes, 13 mai 1863; Bordeaux, 5 juillet 1870; Rouen, 16 juillet 1873.

Digitized by Google

mutation en douane, ordonnée par l'article 17 de la loi du 27 vendémiaire an II, ne peut pas avoir lieu; la difficulté n'a donc rien de spécial à l'hypothèque. Nous allons même plus loin : Supposons que la formalité exigée par l'article 6 soit supprimée, la situation du propriétaire en sera-t-elle améliorée? Nullement; il pourra sans doute hypothéquer son navire absent, mais les créanciers hypothécaires ne passeront qu'après les personnes qui, durant le voyage, auront prêté des fonds pour les besoins du bâtiment (art. 27), voudront-ils s'exposer à cet aléa? L'acte de francisation, ajoute-t-on, va révéler au capitaine et au public la situation pécuniaire de l'armateur! Est-ce que ce n'est pas là la conséquence forcée du principe de la publicité des hypothèques, et quand le registre de la douane peut faire connaître cette situation, quel inconvénient y a-t-il à ce qu'elle apparaisse à l'inspection de l'acte de francisation? L'incertitude dans laquelle se trouveraient les tiers, qui traiteraient avec l'armateur hors du port d'attache, serait-elle, par hasard, de nature à leur inspirer plus de confiance qu'une connaissance complète de la condition qui va leur être faite? La possibilité du maintien, sur l'acte de francisation, d'inscriptions déjà radiées sur le registre, nous paraît seule être un inconvénient; cependant nous ne pensons pas qu'il soit de nature à faire oublier les avantages de la formalité édictée par la loi, c'est pourquoi nous préférerions qu'on laissât subsister la disposition actuelle. La législation anglaise (art. 67 du *Merchant Shipping Act* de 1854) se contente d'une inscription sur un registre spécial avec annotation sur l'instrument du mortgage sans exiger aucune mention sur l'acte de nationalité du navire, et néanmoins cette mention se fait en pratique; n'est-ce pas la preuve qu'elle n'offre pas autant de dangers qu'on veut le dire?

Contrairement à l'article 11 de la loi, l'auteur du projet propose d'exonérer le créancier hypothécaire de l'obligation de renouveler son inscription, et de décider que celle-ci conservera ses effets tant qu'elle n'aura pas été rayée. Ce système est celui qui est suivi en Prusse et en Angleterre; il a le défaut d'astreindre le débiteur à faire dans tous les cas, à moins de voir son crédit compromis, les frais de mainlevée et de radiation, quand il a liquidé sa position vis-à-vis de son créancier.

Nous arrivons à l'hypothèque éventuelle. Cette combinai-

Digitized by Google

son avait pour but, dans la pensée de ses auteurs, de rendre de plus en plus rare l'emprunt à la grosse toujours ruineux pour l'armement; par elle, le propriétaire prévoyant que son préposé pourra avoir besoin d'argent pendant le cours de la navigation, lui permettrait de s'en procurer en donnant le navire en garantie (art. 26). Malheureusement c'était là une institution mort-née. En effet, le prêt à la grosse consenti en cours de voyage confére au prêteur un privilége, c'est-à-dire une prérogative qui lui permet d'être payé avant les créances hypothécaires. Il faut aller plus loin; ce n'est pas seulement le prêt à la grosse qui engendre ce privilége, c'est tout prêt quelconque fait au capitaine en cours de navigation (art 191, n° 7)[1], et ce point, qui semble avoir complétement échappé aux auteurs de la loi de 1874. suffit pour réduire à l'impuissance l'hypothèque éventuelle. Il y avait peut-être, d'après le projet de 1867, quelques chances pour que l'institution ne fût pas aussi absolument laissée de côté par la pratique, car on avait modifié l'article. 191, § 7, les sommes prêtées à la grosse étaient seules déclarées privilégiées; d'un autre côté, les articles 337-339 soumettaient l'emprunt à la grosse à des formalités gênantes, et si restreinte que dût être son utilité, l'hypothèque éventuelle pouvait en avoir une en présence de ces dispositions nouvelles. Aujourd'hui quels avantages offre-t-elle? Si le prêt à la grosse était seul privilégié, on comprendrait encore que le capitaliste acceptât l'hypothèque; si sa créance ne lui rapportait pas de gros intérêts, au moins elle ne serait pas aléatoire, elle survivrait à la perte du navire et il aurait pour garantie, en cas de sinistre, l'indemnité (art. 17); mais le prêt simple est aussi bien traité, le droit personnel qui en découle subsiste après la perte du navire et il donne action sur l'indemnité d'assurance, d'après une doctrine que nous croyons très-fondée[2], au même titre qu'un prêt hypothécaire, c'est même là une supériorité qu'il a sur le prêt à la grosse, car, pour celui-ci, il ne peut pas être question d'une subrogation analogue à celle établie par l'article 17, si le navire périt pendant le voyage actuel, puisque la créance, liée

[1] Émérigon, *Contr. à la grosse*, ch. XII, sect. IV; Bédarride, I, n° 90; Dufour, I, n° 116.

[2] V. MM. Cresp et Laurin, *Cours de droit maritime*, t. I, p. 182.

Digitized by Google

au sort du navire, est en quelque sorte conditionnelle, ce qui détermine l'application de la maxime *prius est esse quam esse tale*. Il est vrai que l'hypothèque conserve d'autres avantages; le droit de suite qu'elle produit est indéfini dans sa durée, tandis que celui qui appartient aux créanciers privilégiés s'éteint par un laps de temps très-court; en outre, le prêteur sur hypothèque n'aura pas à craindre que l'armateur n'use de la faculté d'abandon que lui reconnaît l'article 216 du Code de commerce, puisque le capitaine agit en vertu d'un pouvoir spécial et distinct émané de cet armateur; mais ces considérations paraîtront-elles décisives au prêteur? Nous ne le pensons pas; il tiendra compte avant tout de ce que le privilége lui assure un rang meilleur et de ce qu'il n'a pas à accomplir, pour le conserver, toutes les formalités prescrites par l'article 26. L'impossibilité où se trouve le propriétaire du navire d'invoquer ici l'article 216 du Code de commerce est elle-même un écueil pour l'hypothèque éventuelle: le capitaine, en cours de navigation, ne peut pas emprunter à la grosse comme il l'entend, il est obligé, sous sa responsabilité personnelle, de faire constater la nécessité de l'emprunt (art. 234-236 C. com.), le mandat qui lui permet d'établir l'hypothèque éventuelle lui donne au contraire un pouvoir qu'il exercera sans contrôle, il est douteux que le propriétaire veuille le lui conférer. Ce n'est pas tout. La déclaration d'hypothèque éventuelle faite par l'armateur avant le départ du bâtiment produit tous les effets d'une inscription, elle vaut donc opposition au payement de la somme assurée (art. 17). Supposons que le navire vienne à se perdre sans que l'on ait de ses nouvelles, que l'acte de francisation disparaisse avec lui, la mention inscrite sur le registre de la douane ne peut pas être effacée quand même aucune hypothèque n'aurait été consentie en cours de voyage, puisque le propriétaire ne peut pas rapporter l'acte de francisation qui fournirait seul une preuve, il est donc impossible à l'armateur de se faire délivrer le certificat négatif d'hypothèques que les assureurs exigent avant tout payement, et cette situation durera tant que l'on aura à craindre l'effet de la déclaration non radiée, c'est-à-dire pendant trois ans aux termes de l'article 11. — Enfin croit-on qu'il suffise, pour assurer au créancier, à défaut de l'acte de francisation, un monument de son droit, de décider que « mention de l'hy-

Digitized by Google

pothèque réalisée en cours de voyage sera faite par le consul de France ou l'officier public étranger sur un registre spécial qui sera conservé, pour y avoir recours en cas de perte de l'acte de francisation. » Le consul de France sera bien obligé de se conformer à cette prescription de la loi, parce qu'il est officier public français, tenu en conséquence d'obéir à la loi française, mais les magistrats étrangers n'ont pas à la respecter. Nous admettons qu'ils veuillent bien consentir à constater l'emprunt hypothécaire sur l'acte de francisation, mais tiendront-ils et conserveront-ils le registre spécial? Des conventions diplomatiques pourraient seules assurer sur ce point l'exécution complète de la loi. Du reste, cet inconvénient fût-il écarté, les précédents n'en subsisteraient pas moins et nous croyons qu'ils motivent suffisamment l'abrogation de l'article 26.

Outre les modifications principales que nous venons d'examiner, modifications qui entraînent accessoirement le remaniement d'un assez grand nombre d'articles, le projet de M. Le Cesne contient deux innovations qui comblent deux lacunes de la loi.

I. Il peut arriver que le navire hypothéqué soit vendu, en pays étranger, à des étrangers, et qu'il change de nationalité; quelles seront les conséquences de la défrancisation par rapport aux hypothèques existantes? La loi actuelle est absolument muette sur la question, et l'on comprend que des difficultés puissent s'élever. L'identité du navire sera peut-être difficile à reconnaître, comment les créanciers exerceront-ils leurs droits? En supposant même qu'ils retrouvent leur gage, c'est d'après la loi du pavillon que leur position sera réglée, la loi française ne peut pas obliger le tiers acquéreur à remplir les formalités de la purge à l'égard d'un bien qu'elle ne régit plus et les hypothèques seront peut-être considérées comme éteintes. Cette éventualité présente, pour le prêteur, un danger considérable; il reste désarmé en présence d'une aliénation, peut-être frauduleuse, et c'est pour lui donner une garantie que le projet, par une disposition qui formerait, dans la nouvelle rédaction, le § 2 de l'article 18, interdit absolument toute vente volontaire à l'étranger du navire hypothéqué. Il faut bien reconnaître que cette prohibition pourra être violée, que s'il en est ainsi de nouvelles complications surgiront; mais c'est là un cas extrême, et à moins

Digitized by Google

d'édicter une pénalité contre le vendeur, la loi ne peut pas protéger plus efficacement le créancier.

II. La seconde innovation consiste en ce que, « par dérogation à la législation de 1807, le taux de l'intérêt sur les « contrats hypothécaires, ayant le navire pour gage, serait « limité au maximum de 7 1/2 p. 100 par an, taux auquel il « serait réglé en l'absence de convention contraire entre les « parties. » (Art. 26 nouveau.)

Sans vouloir prendre parti dans la question si discutée de la liberté du taux de l'intérêt, sur laquelle l'attention du législateur est en ce moment même attirée[1], nous ne pouvons qu'approuver cette disposition du projet. En Angleterre où le mortgage a fait ses preuves, où les capitaux s'engagent avec une certaine confiance dans les opérations maritimes, l'intérêt des prêts hypothécaires sur navires est réglé par la convention des parties et il varie en pratique entre 7 et 12 p. 100 : comment pourrait-on espérer qu'en France, où l'argent, si téméraire pourtant à l'égard de certains emprunts étrangers, craint toujours de s'aventurer lorsqu'il s'agit d'entreprises maritimes, le créancier se contente du taux déterminé par la loi de 1807? Qu'en matière de prêts sur immeubles, le maintien de cette législation n'ait pas d'inconvénients graves, cela est possible, parce que le gage est fixe et ne court aucun péril ; le créancier peut donc être sans inquiétude. Le navire, au contraire, est sans cesse exposé aux dangers de la mer et celui qui l'a accepté en garantie court encore un autre risque : il ne peut pas surveiller son gage. A la vérité, il peut faire assurer le bâtiment pour la sûreté de sa créance (art. 17), mais il arrive rarement que la prime d'assurance soit inférieure à 6 p. 100, le plus souvent elle dépasse ce taux, il faudrait donc pour assurer le capital sacrifier les intérêts et peut-être davantage; c'est encore un écueil pour la loi sur l'hypothèque maritime.

Nous ajoutons que la limitation du taux de l'intérêt devient, en ce qui concerne notre matière, absolument illogique en l'état du projet modificatif de l'article 347 du Code de commerce, récemment voté par le Sénat. Jusqu'ici, d'a-

[1] La Chambre des députés vient, dans la séance du 23 janvier 1877, sur l'avis conforme de M. le ministre des finances et contrairement aux conclusions de la commission d'initiative, de prendre en considération une proposition de loi abrogeant la loi de 1807.

Digitized by Google

près l'article 334 du Code de commerce, le prêteur à la grosse peut bien faire assurer le capital prêté, mais l'assurance du profit maritime est prohibée (art. 347). De sorte que si le navire arrive à bon port, le change maritime qui est payé au prêteur lui permet d'acquitter la prime en conservant encore un assez beau bénéfice; si au contraire un sinistre se produit, il faut prendre sur le capital pour payer la prime, mais mieux vaut en passer par là que de tout perdre. L'assurance du profit maritime étant déclarée licite, le prêteur à la grosse, quels que fussent les événements de mer, pourrait avoir son capital et le change maritime ; sa situation deviendrait, à ce point de vue, celle d'un créancier hypothécaire. Dans cette législation, la faculté de stipuler des intérêts illimités, qui est aujourd'hui la compensation des chances de perte du profit maritime, sinon du capital, n'aurait plus de raison d'être, et si on la maintenait au profit du prêteur à la grosse, il faudrait de toute nécessité l'accorder au créancier hypothécaire. Vainement dirait-on que le prêteur à la grosse, du moins le prêteur avant le départ, n'a plus de droit réel (art. 27); que le droit du prêteur en cours de voyage est bien moins stable que celui du créancier hypothécaire; cette raison ne suffirait pas à justifier la différence de condition, parce qu'en matière civile on ne fait aucune différence relativement au taux de l'intérêt entre le créancier chirographaire exposé à toutes les chances d'insolvabilité et le créancier hypothécaire qui jouit d'une sûreté spéciale[1].

Nous remarquerons, en terminant ces observations, que le projet nouveau ne touche pas à l'article 17, dont la disposition a suscité parmi les assureurs des craintes bien peu fondées. Cet article établit qu'en cas de perte du navire le créancier hypothécaire sera subrogé aux droits du propriétaire sur l'indemnité d'assurance; il ajoute que l'inscription de l'hypothèque vaudra opposition au payement de cette indemnité. C'est dans cette opposition légale que l'on a voulu voir un danger capable de motiver la mise en interdit de la loi sur l'hypothèque des navires, et, en présence des mesures prises par les assureurs, on pouvait s'attendre à ce que cet article fût mis au nombre de ceux dont on demande la révision. Il n'en est rien et nous le regrettons, non pas au point de vue

[1] V. M. Lyon-Caen, *Gazette des tribunaux*, 2 avril 1875.

Digitized by Google

de l'opposition légale, mais au point de vue de l'intérêt des prêteurs qu'il faudrait sauvegarder en cas d'avaries simples comme en cas de sinistre majeur. CH. MASSIGLI.

BIBLIOGRAPHIE.

LA CONSTITUTION OTTOMANE

du 7 zilhidjé 1293 (23 décembre 1876).

Expliquée et annotée par A. UBICINI[1].

Compte rendu par M. P. BEAUREGARD, docteur en droit.

Sous ce titre, M. A. Ubicini vient de faire paraître une brochure qui ne saurait manquer d'intéresser nos lecteurs. Elle contient, en effet, cette Constitution ottomane, si curieuse à étudier par les circonstances mêmes dans lesquelles elle s'est produite. Cette Constitution, rédigée et publiée en langue ottomane, a été traduite par le « bureau des interprètes » de la Sublime Porte dans la langue diplomatique, c'est-à-dire en français, pour être communiquée aux ambassadeurs. C'est cette traduction officielle que M. Ubicini offre au public.

L'auteur a, de plus, accompagné cette traduction d'un travail personnel fort utile. Dans une courte introduction, il nous raconte les origines premières de cette Constitution, et nous montre comment, bien qu'elle ait été réclamée depuis plus de dix ans par le parti de la jeune Turquie, elle a surtout été promulguée dans le but de servir de réponse aux exigences des puissances qui devaient se réunir en conférence à Constantinople.

Aussi, dans une circulaire adressée par Savfet-Pacha aux représentants de la Porte à l'étranger, voyons-nous ce haut dignitaire indiquer, avec le plus grand soin, ce qui, dans la Constitution, peut le mieux servir à apaiser les puissances, et charger les représentants de bien faire ressortir ces divers points.

Ce qui est plus curieux, c'est qu'en même temps on veut

[1] Brochure in-8°. — Prix : 2 fr., A. Cotillon et Ce, éditeurs.

Digitized by Google

convaincre les Ottomans que cet acte n'est pas une concession à la civilisation étrangère, mais l'application pure et simple des principes écrits dans le *Chéri*. Il paraît que la loi religieuse, résumée dans le *Chéri*, est des plus maniables, et qu'un gouvernement y trouve ce qu'il veut, de sorte qu'après avoir longtemps allégué la loi religieuse pour repousser toute réforme, on s'en sert aujourd'hui pour appuyer la Constitution nouvelle.

Cette Constitution est, par elle-même, moins curieuse que l'application qui en a été faite. Elle reproduit, en grande partie, les principes les plus généralement admis en Europe.

Après avoir conféré au Sultan des pouvoirs extrêmement larges (droit de déclarer la guerre, de conclure des traités, etc.) et cela sans responsabilité, elle détermine le « *droit public des Ottomans* ». L'islamisme est déclaré religion d'État, mais l'exercice des autres cultes est protégé par l'État. La liberté d'association est proclamée, ainsi que la liberté d'enseignement, sauf la surveillance du gouvernement. La liberté de la presse est aussi reconnue, « mais dans les limites accordées par la loi », et certaines aventures assez récentes feraient penser que ces limites ne sont pas des plus larges.

Tous les Ottomans sont déclarés aptes aux fonctions publiques, mais sous une condition assez bizarre : « celle de connaître le turc », proclamé langue officielle de l'État. Il paraîtrait que le culte de la langue officielle est menacé de décadence.

Enfin, l'article 24 déclare que la confiscation des biens, la corvée et le djérimé (exaction sous forme de pénalité pécuniaire) sont prohibés. Malheureusement l'article 24 apporte au principe une exception dont l'application ne se fera pas attendre, car il ajoute que « toutes les contributions levées « légalement en temps de guerre et les mesures nécessitées « par l'état de guerre sont exceptées de cette disposition. »

La Constitution s'occupe ensuite des ministres et des fonctionnaires publics. Nous ne relèverons à ce sujet que la rédaction singulière de l'article 36, aux termes duquel tout fonctionnaire public nommé dans les conditions exigées ne pourra être révoqué..... si sa révocation n'est pas jugée indispensable par le gouvernement. On a évidemment voulu donner aux fonctionnaires une garantie exceptionnelle, mais on peut craindre qu'elle ne leur paraisse pas suffisante.

Digitized by Google

Arrivons, avec l'article 42, à l'organisation des deux Chambres, le Sénat et la Chambre des députés, qui, réunis, forment l'Assemblée générale. Les dispositions de la Constitution accordent au gouvernement les pouvoirs les plus larges. Le ministère seul a l'initiative des lois, et toute loi, pour être considérée comme adoptée, doit avoir été votée successivement par la Chambre des députés et par le Sénat; or, si la Chambre des députés est élue par la nation, le Sénat se compose de membres nommés par le Sultan. Enfin le projet de loi, même adopté par les deux Chambres, est encore soumis à la sanction impériale. Avec cette organisation plus que prudente, il est difficile que les concessions du gouvernement ottoman gênent beaucoup l'exécution de ses volontés.

La Constitution s'occupe aussi du pouvoir judiciaire : elle institue notamment des procureurs impériaux chargés d'exercer l'action publique, et une Haute Cour dont les fonctions consistent à juger les ministres, le président et les membres de la Cour de cassation et toutes autres personnes accusées de crime de lèse-majesté ou d'attentat contre la sûreté de l'État.

Les finances ont aussi, et à trop juste titre, préoccupé les rédacteurs de la Constitution : une Cour des comptes est organisée pour examiner les opérations des comptables. Aucun membre de cette Cour ne peut être révoqué sans que la proposition motivée de sa révocation ait été approuvée par une décision de la Chambre des députés, prise à la majorité des voix. C'est là une protection toute spéciale, évidemment destinée à servir de réponse aux porteurs de fonds turcs exaspérés, et Savfet-Pacha, dans sa circulaire, ne manque pas de recommander aux représentants de la Porte à l'étranger de faire sonner bien haut « ces garanties d'indépendance et d'impartialité » dont sont entourés les membres de la Cour des comptes.

La Constitution pose ensuite quelques règles générales sur l'administration des provinces à laquelle elle consacre seulement cinq articles, et se termine par quelques « dispositions diverses » dont les plus importantes comprennent l'énumération des cas où le gouvernement peut proclamer l'état de siége, et l'indication des règles à suivre pour modifier la Constitution.

Telle est, rapidement analysée, cette Constitution otto-

Digitized by Google

mane, publiée par M. A. Ubicini. L'auteur l'a accompagnée de notes qui forment certainement la partie la plus utile de son travail. La Constitution, sur bien des points, en effet, reproduit seulement et confirme des réformes préexistantes ; le lecteur veut en être averti. Souvent aussi la Constitution emploie des termes techniques qui demandent explication, ou se réfère à des institutions spéciales sur lesquelles il est nécessaire de trouver quelques renseignements.

M. A. Ubicini, par les travaux qu'il a déjà publiés sur la Turquie, était mieux que personne en mesure de satisfaire le lecteur à tous ces points de vue, et ses notes remplissent parfaitement le but proposé.

Enfin, dans un appendice, il a réuni les principaux documents officiels relatifs à la promulgation de la Constitution et à sa mise en pratique ; notamment la circulaire de Savfet-Pacha aux représentants de la Porte à l'étranger, dont j'ai déjà parlé, et le discours prononcé par le Sultan à l'ouverture de la première session du Parlement ottoman (7 mars 1877). La traduction de ces diverses pièces est, ici encore, la traduction officielle communiquée aux ambassadeurs.

En résumé, ce petit ouvrage nous a paru intéressant par sa composition même et par son actualité ; nous ne pensons pas que le lecteur nous reproche de le lui avoir signalé.

P. BEAUREGARD.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4125 Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE L'ASSURANCE MARITIME

STIPULÉE PAR LE CRÉANCIER DE L'ARMATEUR OU DE L'AFFRÉTEUR.

Par M. A. Droz, avocat à la Cour d'appel, docteur en droit.

Parmi les combinaisons variées auxquelles peut donner lieu le contrat d'assurance maritime, il en est une qui n'est pas prévue par le Code, qui cependant est usitée dans la pratique, et dont les tribunaux hésitent à reconnaître la validité : c'est celle par laquelle le créancier d'un armateur ou d'un affréteur s'assure contre la perte ou les avaries, soit du navire, soit des marchandises, dans la crainte que cette perte ou ces avaries n'entraînent l'insolvabilité du débiteur. Pour bien préciser la question, il importe de citer quelques espèces sur lesquelles les tribunaux ont eu à prononcer.

Le 24 août 1858, les sieurs Thomas, Montagut et Cᵉ, négociants à Bordeaux, agissant pour compte de qui que ce soit, font assurer « les marchandises quelconques, chargées dans tous navires indéterminés, pour des divers ports de France aller à New-York, ou Boston ou Philadelphie. — Les déclarations d'aliment devront être faites par les assurés dans les quarante-huit heures de la réception des factures ou connaissements». — Le même jour, les sieurs Couturier et Cᵉ, négociants à Paris, ouvrent aux sieurs Thomas, Montagut et Cᵉ un crédit de 100,000 francs, élevé peu de jours après à 200,000 francs. Pour sûreté de ce crédit, ils exigent la remise des connaissements applicables aux marchandises sur lesquelles ils feront leurs avances et se réservent le droit de les assurer eux-mêmes, en leur nom, à Paris. L'assurance passée avec le Lloyd bordelais, porte ce qui suit : « Les soussignés assurent à MM. Couturier et Cᵉ agissant pour compte de qui il appartiendra la somme de 250,000 francs pour navire sur marchandises à charger dans un port de France pour New-York, Philadelphie, Boston... Les déclarations d'aliment devront être faites dans les 48 heures de la réception des factures ou connaissements, sous peine de nullité des déclarations tardives. »

Le 7 juillet 1859, les sieurs Couturier et Cᵉ déclarèrent à

Digitized by Google

leur assureurs qu'en aliment à cette police, il avait été chargé à Marseille pour New-York un chargement de garance. Ce chargement périt ou fut avarié en cours de voyage. Les sieurs Couturier et Cᵉ actionnèrent la compagnie le Lloyd bordelais en payement de l'indemnité. La compagnie répondit que l'assurance était nulle, parce qu'elle avait identiquement le même objet et était souscrite au profit des mêmes assurés que celle du 24 août 1858 stipulée par Thomas, Montagut et Cᵉ pour le compte desquels les sieurs Couturier et Cᵉ avaient agi en réalité dans la seconde police. Cependant il faut observer que la police souscrite au profit de Thomas, Montagut et Cᵉ se trouvait caduque, faute par les assurés d'avoir fait, dans le délai prescrit, la déclaration d'aliment qui leur était imposée comme condition substantielle de l'assurance.

A la suite des procès qui se sont engagés sur cette question devant les juridictions compétentes, la Cour de cassation ayant été saisie a rendu l'arrêt suivant : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt rendu par la Cour de Bordeaux que deux assurances *in quovis*, sur des marchandises dont la nature et l'espèce étaient indéterminées, ont été stipulées sans fraude, conformément à l'article 337 du Code de commerce, chacune dans un intérêt distinct; que la première a été souscrite à Bordeaux le 24 août 1858 par la compagnie la Gironde et la Vigie au profit de Montagut et Cᵉ agissant pour compte de qui que ce soit; que la seconde assurance a été obtenue le 20 septembre 1858 à Paris de la société demanderesse et de plusieurs autres sociétés d'assurances, par Couturier et Cᵉ qui, ayant accordé un crédit important sur des marchandises à expédier de France en Amérique, s'étaient réservé de les faire assurer eux-mêmes et en leur nom, et se sont fait nantir, à cet effet, des connaissements qu'ils ont notifiés à leurs assureurs dans le délai fixé par leur police ;

« Attendu que si la loi ne permet pas que par des assurances multiples on puisse obtenir au delà de la valeur de la chose assurée, elle n'interdit point à celui qui, comme le créancier gagiste, a un intérêt personnel à la conservation de la chose, de stipuler, même après une première assurance faite dans un autre intérêt que le sien, une seconde assurance dans laquelle il trouvera une garantie éventuelle pour le cas où la première serait caduque et sans effet; que l'article 359 du Code de commerce ne s'applique point à ce cas où il y a, non

Digitized by Google

pas cumul des assurances, mais substitution de l'une à l'autre; que dans le système contraire, le principal intéressé dans un chargement serait exposé à devenir victime de la négligence ou de la fraude d'un autre intéressé, quelque précaution qu'il eût prise pour s'en garantir;

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la prévision dans laquelle Couturier et Cᵉ avaient stipulé la seconde assurance, s'est réalisée dans l'espèce; que la première assurance avait été consentie sous la condition formelle que la déclaration d'aliment serait faite aux assureurs dans les 48 heures de la réception des factures et des connaissements; que cette condition a été considérée par les juges du fait, auxquels appartenait l'appréciation des conventions des parties, comme étant de la substance du contrat qui devait trouver son complément dans la déclaration du chargement nécessaire pour faire cesser l'indétermination du sujet de l'assurance; que Montagut et Cᵉ, n'ayant fait à aucune époque cette déclaration à leurs assureurs, la première assurance est, par l'inaccomplissement de la condition sous laquelle elle avait été consentie, devenu caduque; — Attendu qu'en donnant effet à la seconde assurance souscrite par la compagnie demanderesse au profit de Couturier dans le cas où la première assurance avait ainsi perdu le sien, la Cour de Bordeaux n'a point violé les articles 337 et 359 du Code de commerce, et a fait une juste application des principes de la matière; Rejette. » (26 avril 1865, ch. civ., M. Troplong, 1ᵉʳ prés.)

Il faut rapprocher de cette décision un autre arrêt tout récent, également émané de la Cour de cassation, et dont les termes indiquent suffisamment dans quelles conditions l'affaire s'est présentée :

« La Cour; — Vu l'article 334 du Code de commerce; — Attendu que des termes de cet article il ressort que les choses ou valeurs sujettes aux risques de la navigation peuvent seules être l'objet d'un contrat d'assurances maritimes; — Attendu qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt attaqué que la police d'assurances souscrite par les compagnies demanderesses avait pour objet une somme de 15,000 francs prêtée dans les formes et les conditions du droit commun par la chambre de commerce de Dieppe, à la Société du remorquage de cette ville; — Que, s'il est énoncé, tant dans l'acte d'emprunt que dans la police, que ce prêt était fait pour les besoins du

Digitized by Google

navire *le Rival*, et s'il est déclaré par l'arrêt que *le Rival* constituait en fait le seul actif de la Société du remorquage, ces circonstances ne sauraient modifier la nature et les conséquences légales des conventions intervenues entre les parties; — Que la Chambre de commerce avait pour unique débitrice la Société du remorquage, et que le navire *le Rival* n'était même pas affecté comme gage spécial à la garantie de sa créance; — Que l'existence de cette créance était indépendante de celle du navire, et que, malgré la perte de ce dernier, le remboursement intégral des sommes avancées pourrait être poursuivi sur tous les biens présents et à venir de la Société; — D'où il suit que la créance dont il s'agit n'était point exposée aux fortunes de mer; — Qu'en décidant le contraire, en déclarant que les sommes avancées à la Société du remorquage étaient devenues l'accessoire du *Rival*, et en validant par suite la police d'assurance souscrite par les demanderesses, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 334 du Code de commerce; — Par ces motifs, casse.» (3 janvier 1876, ch. civ., M. Devienne, 1er prés.).

Les parties ayant été renvoyées devant la Cour de Paris, celle-ci a rendu l'arrêt suivant :

« La Cour :

« Considérant que le 17 octobre 1872, la Société anonyme du remorquage de Dieppe a emprunté à la chambre de commerce de Dieppe une somme de 15,000 francs indiquée dans la demande d'emprunt comme devant servir aux besoins du navire *le Rival*, qu'elle venait d'acheter;

« Que ce prêt a été fait dans les conditions ordinaires du droit commun, et que même, dans l'état des faits, il est incertain jusqu'à concurrence de quelle quantité la somme empruntée a servi à l'achat et aux besoins du *Rival;*

« Que toutefois la Société de remorquage avait promis, dans sa lettre de demande, de faire assurer la somme de 15,000 francs, montant du prêt;

« Considérant que, suivant police du 24 du même mois d'octobre, les compagnies d'assurances maritimes ont reconnu avoir pris à leurs périls et risques de la chambre de commerce de Dieppe, agissant pour le compte de qui il appartient, assurée pour la somme de 15,000 francs de risques, à raison de 4 p. 100 de prime, payable par la Société anonyme de remorquage du port de Dieppe, sur avances faites

Digitized by Google

par ladite chambre de commerce, comme prêt au remorqueur *le Rival;*

« Que des termes dans lesquels cette police d'assurance a été conçue, il résulte bien clairement, ainsi d'ailleurs qu'il a été tout d'abord reconnu devant le tribunal de commerce du Havre et la Cour d'appel de Rouen : 1° que c'est la chambre de commerce créancière, et non la Société de remorquage débitrice, qui est assurée; 2° que c'est la somme de 15,000 francs, montant de avances faites, et non le corps du navire, jusqu'à concurrence de 15,000 francs, qui forme l'objet de l'assurance;

« Que si la police énonce que le prêt a été fait au remorqueur *le Rival*, et que la prime est payable par la Société de remorquage, cette double énonciation, conforme à la correspondance antérieure des parties, ne saurait avoir pour conséquence de substituer dans le contrat d'assurance une personne et une chose autres que celles qui y sont expressément et nommément assurées;

« Considérant que l'article 334 du Code de commerce, en disposant que l'assurance peut avoir pour objet toutes choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation, fait évidemment de l'existence de ces risques la condition essentielle de la validité;

« Que dans le cas où il s'agit, comme dans l'espèce, d'une simple créance, cette valeur ne peut légalement faire le sujet d'une assurance maritime que s'il existe entre elleet le navire un lien de nécessité et de droit qui les rattache l'une à l'autre pour les soumettre à des risques communs de navigation;

« Considérant que l'existence et le sort de la créance de la Chambre de commerce contre la Société de remorquage, loin d'être liés à ceux du navire *le Rival*, en étaient au contraire indépendants;

« Que si ce navire en garantissait le remboursement, il ne concourait à cette garantie qu'au même titre que les autres biens présents et à venir de la Société débitrice, et composant tant sa fortune de mer que sa fortune de terre;

« Qu'en cas de perte du *Rival* comme de toute autre partie du gage commun, la créance n'en continuait pas moins de subsister et son remboursement d'être exigible contre la Société qui avait contracté l'emprunt;

« Qu'en conséquence, n'étant pas exposée aux risques de

Digitized by Google

la navigation, elle n'a pu devenir l'objet d'une assurance maritime, et que la police souscrite par la compagnie appelante est entachée de nullité;

« Par ces motifs,

« Déclare nulle et de nul effet la police d'assurance souscrites par les compagnies... »

Nous nous proposons d'examiner la valeur juridique de l'une et l'autre de ces décisions, dont l'une a déclaré valable et l'autre déclaré nul le contrat passé par le créancier. Constatons, dès maintenant, qu'entre ces deux décisions il n'y a pas contradiction. Elles s'appliquent en effet à des espèces différentes, se distinguant en ceci : dans le premier cas, l'assurance a été contractée pour le compte de l'affréteur; dans le deuxième cas, ella été contractée pour le compte et dans l'intérêt exclusif du créancier. Le premier contrat a pour objet une cargaison; le deuxième a pour objet une créance.

A supposer que ces deux contrats, assurance d'un navire ou d'une cargaison, assurance de créance, soient valables tous deux, quels seront leurs effets? Dans le premier contrat, le créancier n'agit qu'en qualité de commissionnaire ou de gérant d'affaires. Il en résulte, comme conséquence, qu'en thèse générale le bénéfice de l'assurance doit appartenir au propriétaire, et, si le propriétaire tombe en déconfiture, doit être réparti au marc le franc entre tous les créanciers. Cette conséquence ne s'est pas produite dans l'espèce jugée par l'arrêt du 26 avril 1865; mais pourquoi? Parce qu'à côté de l'assurance contractée par le créancier, il y a eu un autre contrat, celui de nantissement, prévu par l'article 92 du Code de commerce. — Le créancier, muni de connaissements, a été autorisé à contracter une assurance. C'est comme si le propriétaire des marchandises s'étant fait consentir une police à ordre, l'avait fait endosser au nom de son créancier. Il y a eu là une combinaison de trois contrats, nantissement, mandat conféré au créancier de contracter une assurance, laquelle combinaison a permis l'attribution intégrale de l'indemnité au créancier nanti des connaissements. Mais en l'absence de nantissement, l'indemnité eût été le gage de tous les créanciers.

Supposons, par exemple, qu'un négociant du Havre télégaphie à son correspondant de la Nouvelle-Orléans de lui envoyer 5,000 balles de coton. Ce correspondant fait

Digitized by Google

l'achat et tire sur son commettant. Il pense qu'au cas de sinistre il pourrait courir des risques, la solvabilité de son commettant pouvant, en ce cas, être en défaut. D'autre part, il est en droit de se croire suffisamment autorisé, dans l'intérêt de l'acheteur, à assurer la cargaison. Donc il contracte une assurance, suivant la formule usitée, pour le compte de qui il appartiendra. Qu'est-ce que ce contrat? Sur quoi porte l'assurance? Est-ce sur la marchandise ou sur la créance? Suivant qu'on décidera dans un sens ou dans l'autre, le résultat, en cas de sinistre, sera bien différent. Si l'assurance a pour objet la cargaison, l'indemnité en cas de sinistre appartiendra à l'acheteur, et dans le cas où celui-ci serait insolvable, sera répartie entre tous les créanciers, y compris le négociant de la Nouvelle-Orléans. Si l'assurance porte sur la créance, ce dernier touchera l'intégralité de l'indemnité. Au cas qu'on voie dans le contrat une assurance de la cargaison, nous réservons, pour l'examiner plus loin, la question de savoir si l'on ne pourrait pas opposer au créancier le défaut de pouvoir spécial à l'effet d'assurer une propriété qui lui est étrangère.

Une autre différence entre les deux contrats est la suivante : dans le premier, les exceptions opposables à l'armateur ou à l'affréteur rendent l'assurance caduque ; dans le second, le créancier est un tiers auquel ces exceptions ne peuvent être opposées. Ainsi, dans l'espèce jugée par le premier arrêt, la baraterie aurait été une cause de nullité, à moins de convention contraire. Au contraire la baraterie aurait été une circonstance indifférente dans l'espèce jugée par le second arrêt. — De même, l'article 359 est différemment applicable, suivant qu'il s'agit de l'un ou l'autre contrat. Supposons que l'armateur ou l'affréteur ait, antérieurement au créancier, contracté une assurance pour l'entière valeur du navire ou des effets chargés, le créancier ne pourra pas ensuite assurer le navire ou le chargement pour le compte de son débiteur. Il est vrai que dans l'affaire Couturier et Cᵉ contre le Lloyd bordelais, la police stipulée par le créancier a été déclarée valable, bien qu'elle fût postérieure en date à la police souscrite par l'affréteur ; mais à quoi cela tient-il ? A ce que l'assurance, contractée par ce dernier, a été résiliée faute de déclaration d'aliment dans le délai prescrit. Si donc l'assurance stipulée par le créancier a été déclarée valable, c'est

Digitized by Google

parce que celle qui aurait été stipulée par le débiteur lui-même aurait été également validée. Le créancier n'a été qu'un ayant-cause, usant des droits de son débiteur, mais soumis aux mêmes obligations, frappé des mêmes incapacités que celui-ci. — Au contraire, supposons une assurance ayant pour aliment la créance. Sans doute l'article 359 est encore applicable, en ce sens que le créancier ne peut faire assurer deux fois sa créance; c'est l'application du principe qui domine la matière des assurances, d'après lequel l'assuré ne peut jamais profiter d'un sinistre pour s'enrichir. Mais si l'armateur ou l'affréteur s'est assuré pour son compte, ce contrat pourra subsister parallèlement au contrat consenti au créancier. Seulement il y aura à rechercher si la créance est éteinte, ce que devient cette créance; enfin, dans quelle mesure est modifiée la situation du débiteur.

Il y a donc là deux contrats différents que la doctrine et la jurisprudence confondent fréquemment, faute d'une analyse suffisante, mais dont nous retrouvons le type fort distinct dans les deux arrêts susénoncés. A quoi reconnaîtra-t-on que le créancier a contracté, pour le compte du propriétaire ou pour son propre compte, qu'il a assuré la chose de son débiteur ou bien sa propre chose? Si les termes de la police sont catégoriques, rien de plus simple. Mais le plus souvent l'assurance sera contractée pour le compte de qui il appartiendra. Quand même la police désignerait le navire ou la cargaison comme objet de l'assurance, ce ne serait pas une raison suffisante pour que le créancier fût présumé avoir fait l'affaire du débiteur. Suivant nous, la question de savoir sur quoi porte l'assurance est une question de fait à résoudre d'après les circonstances. Il peut arriver que, pendant le cours du voyage, le propriétaire refuse catégoriquement de ratifier l'acte fait par son créancier, au cas, par exemple, où, de son côté, il a contracté une assurance qui, en vertu de l'article 359, serait nulle s'il prenait à son compte l'assurance antérieurement contractée. Ce refus devra généralement faire présumer que le créancier n'avait pas pouvoirs suffisants pour stipuler, au nom de son débiteur, soit comme mandataire, soit comme gérant d'affaires. Le plus souvent, c'est après l'issue du voyage que le débat s'engagera. Le propriétaire, s'il y a arrivée heureuse, refusera de ratifier le contrat, pour n'avoir pas à payer la prime. Si un sinistre sur-

Digitized by Google

vient, le sinistré ou la masse des créanciers voudra prendre le contrat à son compte, afin d'avoir droit à l'indemnité. Dans l'une et l'autre hypothèse, il faudra consulter d'abord l'intention de celui qui se prétend gérant d'affaires. On verra si, sur les livres, il a débité le propriétaire du montant de la prime; s'il l'a avisé par correspondance de la précaution qu'il a cru devoir prendre, etc... Ce n'est pas tout : on recherchera si le fait de stipuler une assurance était vraiment, à l'endroit du propriétaire, une mesure de bonne administration; si les usages, les circonstances, les relations antérieures du propriétaire avec le créancier rendent probable cette intervention spontanée, ce *proprio motu*. Là où les faits sont douteux, c'est au juge de statuer. Mais il ne faut pas, par des présomptions trop étroites, régler à l'avance les combinaisons multiples qui peuvent se produire.

Nous arrivons à la question posée en tête de cet article : les deux contrats que nous venons de décrire sont-ils valables? En ce qui concerne l'assurance contractée sur le navire ou les marchandises pour le compte du propriétaire, il faut supposer que le créancier n'a pas agi en vertu d'un mandat; car, s'il y avait mandat, le contrat serait certainement valable. Ce mandat existait dans l'affaire Couturier contre le Lloyd bordelais; aussi nous croyons que l'arrêt de la Cour de cassation défie toute critique. Il est vrai que, d'après la théorie de certains auteurs, il aurait fallu annuler ce contrat, vu qu'il y avait un contrat antérieur stipulé par le débiteur qui, encore que nul, empêchait la validité de toute assurance postérieure. Mais c'est là une opinion erronée, dont la discussion, étrangère à la question qui nous occupe, nous entraînerait trop loin. Mieux vaut nous demander ce qu'il faudrait penser : 1° d'une assurance stipulée par le créancier sur les marchandises ou le navire, sans avoir reçu de mandat; 2° d'une assurance portant, non sur le navire ou les marchandises, mais sur la créance.

Certains auteurs condamnent l'une et l'autre opération. Voici, par exemple, comment s'exprime l'un des plus récents traités de droit commercial, dans un passage où la distinction entre les deux contrats semble n'avoir pas été suffisamment aperçue [1] : « Les principes de l'assurance nous parais-

[1] Bédarride, *Droit comm.*, art. 332 et 333, § 1045.

Digitized by Google

sent exclure absolument la gestion d'affaires. Il est, en effet, admis en doctrine et en jurisprudence que l'assurance faite par un tiers sans ordre est nulle... L'assurance contractée par le créancier au nom de son débiteur, mais sans mandat formel de sa part, serait donc nulle comme celle que le tiers contracterait sans pouvoirs. L'assurance affectant par privilége les objets assurés, pouvant en déterminer le délaissement, ne peut être faite que par celui qui en a la disposition; or le créancier n'a sur les biens de son débiteur qu'un droit de gage qui lui donne la faculté d'en provoquer, d'en poursuivre l'aliénation, mais jamais celle de les aliéner lui-même. L'assurance faite par le créancier en son nom manquerait de l'élément le plus essentiel, à savoir l'existence du risque. En effet, le sinistre n'influera en rien sur la créance qui continuera d'exister après comme avant, le droit du créancier contre la personne et les biens du débiteur n'en sera nullement altéré. Il est vrai que le sinistre peut rendre ce dernier plus ou moins insolvable, et c'est contre cette insolvabilité que l'assurance aurait pour effet de garantir le créancier, c'est-à-dire que le créancier chercherait un cautionnement. Or, ce cautionnement, rien ne l'empêche de l'acquérir, même à titre onéreux; il existe des compagnies qui assurent la solvabilité du débiteur. Le créancier peut s'adresser à l'une d'elles; mais l'assurance maritime ne peut se prêter à une pareille opération. »

Il y a trois idées dans ce paragraphe : la première, c'est que le créancier ne peut pas, comme gérant d'affaires, faire assurer la chose de son débiteur; la seconde, c'est que l'assurance d'une créance est nulle; la troisième, c'est que le cautionnement stipulé par le créancier est parfaitement licite.

Examinons d'abord la première de ces idées. Nous ne voyons nullement pourquoi les principes de l'assurance maritime excluraient la gestion d'affaires. C'est surtout en matière commerciale que ce contrat doit recevoir son emploi. Les affaires commerciales, dans leurs combinaisons multiples, donnent lieu à des indivisions de propriété, à des participations, à des comptes à demi qui fréquemment impliquent un mandat virtuel. Les affaires se traitent souvent par le télégraphe, dont le laconisme ne permet pas l'envoi d'instructions précises. La nécessité est de suppléer au défaut

Digitized by Google

d'instruction, en se conformant aux usages. Certes les intermédiaires, les correspondants, les créanciers feront bien de ne pas mettre sur le dos d'autrui des obligations onéreuses. Mais la pratique constante du commerce proteste contre l'opinion contenue dans cette phrase : « Celui qui réalise une opération maritime, s'il s'abstient de faire assurer personnellement, et s'il ne donne aucun ordre de le faire, prouve suffisamment qu'il entend demeurer son propre assureur et courir la chance de perte pour n'avoir pas de prime à payer. » Chaque fois qu'il se présente un cas d'assurance stipulée pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, il faut examiner ce cas et le juger conformément aux principes généraux de la gestion d'affaires, lequel contrat trouve une application fréquente dans les affaires commerciales et notamment dans les affaires maritimes.

L'assurance d'une créance, contractée par le créancier dans son intérêt exclusif, a pour objet le payement d'une certaine somme, montant intégral ou partiel de ce qui lui est dû, pour le cas où, soit le navire, soit la cargaison, viendrait à périr ou à être gravement endommagé. Ce n'est pas, ainsi que parfois on le dit à tort, une assurance de solvabilité. Peu importe que le débiteur, après un sinistre, soit ou non solvable; l'assureur, aux termes du contrat, n'est pas moins tenu au payement de l'indemnité. D'autre part, quand même le débiteur serait devenu insolvable, le créancier, en l'absence d'un sinistre, n'a aucun droit à l'indemnité.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 janvier 1876, a déclaré nul le contrat qui consiste à assurer une créance. Cette interprétation, conforme à la doctrine d'un certain nombre d'auteurs, a soulevé de graves critiques, émanant d'hommes fort autorisés [1]. Il est intéressant d'examiner les motifs sur lesquels s'appuie l'opinion consacrée par cet arrêt.

Ces motifs peuvent se ramener à trois : 1° l'article 334 constitue un empêchement péremptoire à l'assurance d'une créance, parce que la créance n'est pas une chose ou valeur sujette aux risques de la navigation; 2° le créancier ne peut faire produire au délaissement ses effets ordinaires et transférer la propriété d'un navire qui ne lui appartient pas. 3° Après la perte du navire, la créance reste intacte entre les

[1] *De la double assurance*, par M. Alfred de Courcy, brochure in-18, chez Armand Auger, 48, rue Laffitte.

Digitized by Google

mains du créancier qui peut poursuivre son débiteur sur tous ses biens présents et à venir.

Il s'en faut de beaucoup que ces motifs apportent la conviction dans notre esprit. Le premier, tiré de l'article 334, a été mis en avant, chaque fois qu'il s'est agi d'examiner l'assurance stipulée par l'affréteur contre le risque de non-remboursement du fret avancé, en cas de perte de la marchandise. « L'une des conditions essentielles de tout contrat, disait M. le conseiller d'Oms dans un rapport présenté à la chambre des requêtes en 1864, c'est qu'il y ait un risque maritime. Il ne suffit pas d'un risque qui soit la conséquence même très-prochaine d'une fortune de mer pour légitimer un contrat d'assurance maritime; il faut que ce risque soit l'objet immédiat et direct de la convention. » La Cour de cassation, qui n'avait pas à se prononcer sur la question soulevée incidemment par M. le conseiller d'Oms, semble, quelques années après, s'être approprié l'opinion de celui-ci dans l'arrêt du 3 janvier 1876.

Certes il est exact que la créance n'est pas une chose ou valeur sujette aux risques de la navigation, dans le sens de l'article 334. S'il s'agit de la créance de l'affréteur pour non-remboursement du fret avancé, il faut même observer que cette créance ne peut prendre naissance qu'après le sinistre accompli. Mais l'article 334 est-il limitatif ou seulement énonciatif? Il n'est, suivant nous, qu'énonciatif. Nous en donnons comme preuve l'article 342, qui permet à l'assureur de faire réassurer les effets qu'il a assurés; à l'assuré de faire assurer le coût de l'assurance, et par extension la prime de la prime. En thèse générale, le contrat d'assurance n'est pas un contrat fermé, n'ayant d'applications que celles qui ont été nommément indiquées par la loi. C'est un contrat qui peut avoir pour objet tout ce qu'on est exposé à perdre par suite de tel ou tel événement. Les assurances contre l'incendie, la grêle, les accidents, la mort, ont été reconnues valables, encore que nulle part le Code n'en fasse une mention spéciale. Pourquoi annulerait-on l'assurance contre le non-remboursement du fret avancé et l'assurance contre le non-remboursement de la créance, en cas de perte du navire ou des marchandises? Ces contrats n'ont rien de contraire à l'ordre public, ne sont prohibés par aucune disposition spéciale. Si l'on prétend qu'à la vérité ce sont bien des

Digitized by Google

assurances, mais non des assurances maritimes, et que cette dernière appellation est impropre, à cela ne tienne. Nous n'avons pas de superstition pour les dénominations. Nous croyons toutefois que l'assurance peut être dite une assurance maritime, chaque fois que le payement de l'indemnité dépend des fortunes de la navigation.

L'observation que nous venons de présenter répond à la seconde objection. Admettons que le créancier, à la différence des assurés dont parle l'article 369, ne puisse effectuer le délaissement; peut-être on pourrait objecter que, comme nous le verrons tout à l'heure, l'assurance de la créance peut donner lieu à un délaissement véritable, c'est la cession de la créance. Mais nous voulons que l'expression de délaissement ne convienne pas à la cession de créance. Il est donc entendu que celui qui fait assurer une créance ne pourra pas délaisser. Et après? Où a-t-on vu que la faculté de délaissement soit indispensable à la validité de l'assurance maritime? Comment oublie-t-on qu'il y a précisément une hypothèse d'assurance maritime prévue par le Code qui ne donne lieu à aucun délaissement, l'assurance de la prime et de la prime des primes? — S'il n'y avait pas là un exemple d'assurance évidemment licite où le délaissement n'est pas de mise, on pourrait citer les hypothèses d'assurance terrestre ou sur la vie qui, elles non plus, ne donnent pas lieu au délaissement prévu par le Code de commerce en matière d'assurances maritimes. Or, si ces contrats sont permis, pourquoi l'assurance d'une créance, autrement dit la stipulation par laquelle une certaine somme doit être payée en cas de perte ou de détérioration survenue soit au navire, soit aux marchandises, pourquoi cette convention serait-elle prohibée? Il n'est pas nécessaire, dans notre droit, pour qu'une convention soit valable, qu'elle se rapporte à tel ou tel type décrit par les Codes. Ceux-ci ont statué sur le *de eo quod plerumque fit*. Il faut fréquemment, par voie d'analogie, étendre la règle à des cas non expressément désignés. C'est ce qui arrive précisément en matière d'assurances, puisque nos Codes n'ont prévu que l'assurance maritime, laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de distinguer, entre les règles posées à l'occasion de ce contrat, celles qui sont relatives à l'assurance maritime et celles qui s'étendent à toutes les assurances. Cela étant, on ne voit aucun motif pour que la con-

Digitized by Google

vention que nous examinons soit annulée, à la condition toutefois qu'elle respecte les règles d'ordre public auxquelles toute assurance est soumise. S'il y a violation de ces règles, l'assurance de la créance est évidemment nulle. Mais s'il n'y a aucune atteinte aux principes généraux qui règlent notre droit, on ne peut annuler la convention sous prétexte qu'elle ne produit pas tous les effets de l'assurance maritime, — notamment le droit de transférer à l'assureur la propriété du navire ou de la cargaison. Cet effet est de la nature, non de l'essence de l'assurance.

Le troisième motif allégué par nos adversaires est évidemment plus grave ; il s'inspire d'une des règles maîtresses auxquelles est soumis le contrat d'assurances, à savoir, que l'assuré ne peut pas trouver dans le sinistre une cause d'enrichissement. Si le créancier pouvait, après avoir reçu l'indemnité payée par l'assureur, se faire payer une seconde fois par son débiteur, il y aurait jeu ou pari ; la convention, déguisée sous le nom d'assurance, tomberait sous la prohibition de l'article 1965.

Pourrait-on admettre que dans la police le créancier renonçât par avance à exercer ses droits contre son débiteur, au cas où il serait désintéressé par l'assureur? Mais tout d'abord une clause de ce genre pourrait bien n'être valable qu'autant que le débiteur interviendrait dans la police. En outre, si, grâce à cette stipulation, le créancier ne bénéficie pas du sinistre, c'est le débiteur qui en recueillera l'avantage. Car, supposons qu'il ait contracté pour son compte une assurance, il touchera l'intégralité de l'indemnité par lui stipulée, et, par surcroît, sera libéré vis-à-vis de son débiteur. C'est là un résultat qui pourrait tenter bien des capitaines-propriétaires, un résultat contraire aux principes d'ordre public que nous avons indiqués, et qui suffit à faire considérer comme nul le contrat d'où il dérive. Cependant il paraît que cette convention est usitée dans certains ports. En ce cas, la pratique est évidemment en opposition avec des principes que le devoir des tribunaux est d'appliquer rigoureusement.

Il n'apparaît pas que l'espèce à propos de laquelle a statué la Cour de cassation (*le Rival*) soit celle que nous venons d'indiquer. Le plus souvent, ou il est formellement stipulé dans la police que l'assureur sera de plein droit subrogé aux droits des créanciers, ou la police, muette sur la

Digitized by Google

question de subrogation, ne contient pas cette clause d'exonération en faveur du débiteur. Admettons la clause de subrogation. Si cette clause est valable, du même coup disparaît l'objection contre l'assurance des créances, tirée de ce que le sinistre serait une cause d'enrichissement.

Or cette clause est-elle valable ? Pourquoi pas ? Est-ce qu'on ne peut pas faire une cession éventuelle de créance ? Le contrat que nous examinons n'est pas autre chose qu'une cession de créance, subordonnée à un événement futur et incertain, le sinistre, ou, pour être plus exact, le payement de l'indemnité. D'autre part supposons que la police soit muette sur la cession de la créance. Qu'importe ? Le premier acte de l'assuré sera de consentir cette cession, si la cession est une condition indispensable à la validité de la créance. Il mettra la compagnie en demeure de lui payer l'indemnité, sous l'offre de lui transporter ses droits contre son débiteur. La compagnie n'aura aucune raison à faire valoir contre une demande ainsi formulée. Donc l'assurance de la créance produira ses effets.

Il est curieux d'observer que M. Bédarride, après s'être prononcé contre l'assurance des créances, admet, conformément d'ailleurs à l'évidence, que le créancier peut faire cautionner la solvabilité de son débiteur. Or, le contrat d'assurances peut fort bien se ramener à un cautionnement, dans lequel la personne qui se porte caution a renoncé au bénéfice de discussion en vertu de l'article 2021 du Code civil. Prenons l'affaire susrelatée (*le Rival*); est-ce que la convention par laquelle la compagnie d'assurances s'était engagée à payer 15,000 francs en cas de sinistre du *Rival*, n'était pas un cautionnement subordonné à l'éventualité d'un sinistre ? Or quoi de plus légitime que cette opération ? Il ne pouvait y avoir qu'un motif pour faire prononcer la nullité de ce contrat; c'eût été la conservation par le créancier de ses droits contre la Société du remorquage ; mais si ce créancier cédait ses droits à l'assureur, le motif s'évanouissait et la convention devait produire effet.

La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime décide « que les créanciers inscrits ou leurs cessionnaires peuvent faire assurer le navire pour la garantie de leurs créanciers. — Les assureurs avec lesquels ils ont contracté l'assurance sont, lors du remboursement, subrogés à leurs droits contre le débiteur. » Cette opération, bien que l'assu-

Digitized by Google

rance aux termes de cet article doive porter « sur le navire », n'est pas autre chose qu'une assurance de créance, car elle est dans l'intérêt et pour le compte exclusif du créancier. L'article que nous venons de citer n'a, suivant nous, qu'une utilité : c'est de déclarer que la subrogation a lieu de plein droit au profit de l'assureur; tandis que cette subrogation, s'il s'agit d'une créance chirographaire, doit, en l'absence d'un texte, être formellement consentie par l'assuré, soit lors de la signature de la police, soit lors du payement de l'indemnité.

Assurance du navire ou de la cargaison, assurance de la créance, telles sont les deux précautions qu'un créancier peut prendre contre l'éventualité d'un sinistre. Chacune de ces opérations a ses inconvénients et ses avantages. La première, si elle n'est pas accompagnée d'un nantissement (et le nantissement ne peut avoir lieu que sur des marchandises, au moyen de la remise des connaissements) aura pour résultat l'attribution au débiteur d'une indemnité sur laquelle le créancier mandataire ou gérant d'affaires viendra en concurrence avec les autres créanciers. En outre, le contrat sera sujet aux mêmes causes de nullité que s'il avait été souscrit par l'armateur ou l'affréteur. Il sera caduc, en cas de baraterie, perte de la chose par suite d'un vice propre, etc., D'autre part, la prime ne sera pas à la charge du créancier.

La seconde opération protégera mieux la créance, puisque l'indemnité, en cas de sinistre, devra être attribuée exclusivement au créancier. Seulement celui-ci, à moins de convention particulière avec le débiteur, devra supporter la prime. — qui, il est vrai, sera calculée à un taux plus modéré que s'il s'agissait de l'assurance d'une cargaison ou d'un navire; en effet, l'assureur, en cas de payement d'une indemnité, aura un recours contre le débiteur ou, si celui-ci a eu la prudence de s'assurer, contre son assureur. Il faut ajouter que l'assurance d'une créance ne pourra généralement être stipulée que pour le cas où le navire serait perdu ou considérablement avarié. Il serait difficile à un créancier de faire constater de simples dommages, des simples détériorations devant diminuer la solvabilité de son débiteur et d'obtenir une indemnité proportionnelle à la diminution de cette solvabilité. Quoi qu'il en soit, les deux contrats sont, suivant nous, licites : c'est à la pratique d'en tirer les usages qu'ils comportent et qui sont conformes à l'intérêt de chacun. A. DROZ.

Digitized by Google

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Rapport verbal sur la durée de l'isolement dans les prisons, et le cas auquel il conviendrait de substituer la peine du confinement cellulaire à celle des travaux forcés à perpétuité.

Par M. Ch. Lucas, membre de l'Institut.

Le compte rendu de la première session de 1877 du Conseil supérieur des prisons publié en mars par la *Revue critique de législation*[1], signale au nombre des questions qui ont été spécialement soumises aux délibérations de ce Conseil, celle de la répression des crimes commis par des détenus dans le but de se soustraire à la discipline de la prison et de se faire condamner aux travaux forcés, dont le régime leur paraît préférable à celui de la maison centrale.

Ce compte rendu contient l'explication historique que, dans le cours de la discussion, M. Lucas donna de cette grave perturbation jetée dans la graduation répressive de l'échelle pénale, et que vient considérablement aggraver la loi de 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés par la transportation pénale.

M. Lucas insistait, au nom de la sécurité publique et privée, sur l'urgence de remédier à cet état de choses qui devait entraîner les plus fâcheuses conséquences; et l'on ne saurait guère en concevoir de plus grave que celle que l'honorable académicien est venu signaler à l'Académie, en proposant en même temps le moyen d'y remédier dans le rapport verbal suivant, présenté à la séance du 26 mai.

« La question de la durée de l'isolement dans les prisons ne pouvait être omise, en raison de son importance, dans le programme du futur Congrès pénitentiaire de Stockholm, et la Commission internationale avait même chargé d'un rapport spécial sur cette question M. Stevens, inspecteur général des prisons de Belgique. Mais tandis que l'ancien directeur du pénitencier de Louvain s'occupait de son travail, M. Tancrède Canonico se livrait de son côté, en s'inspirant de l'expérience du magistrat et des études méditatives du savant, à l'examen de cette grave question et soumettait à la célèbre Académie

[1] *Revue critique*, t. VI, n° 3, p. 213 et suiv.

Digitized by Google

des sciences de Turin, le mémoire dont j'ai l'honneur de faire hommage en son nom à l'Académie.

« Le rapport de M. Stevens et le mémoire de M. T. Canonico, qui ont été publiés et préparent un élément précieux aux délibérations du Congrès de Stockholm, arrivent à des conclusions bien différentes : celles du rapport de M. Stevens, où le talent de l'écrivain a laissé un rôle trop effacé peut-être au praticien et aux indications que l'on devait en attendre, se ressentent nécessairement un peu de la sollicitude paternelle qu'il doit éprouver pour le pénitencier cellulaire de Louvain. Tandis que M. Stevens exprime sa réprobation si accentuée à l'égard du système irlandais, M. Canonico accorde au contraire à ce système ses préférences. On voit qu'il s'agit d'une question fort controversée dans l'ordre des idées, et l'on peut juger qu'elle ne l'était pas moins dans l'ordre des faits par l'indication suivante des degrés si différents auxquels a été limitée la durée de l'emprisonnement cellulaire dans les divers pays de l'Europe.

« C'est en Belgique que le système cellulaire atteint le maximun de sa durée, celui de dix ans ; il descend ensuite à quatre ans en Norwége, à trois ans et demi en Danemark, à trois ans en Allemagne et en Autriche, à deux ans en Suède et en Hollande, à un an en Suisse, à neuf mois en Angleterre et en France. Quant aux États-Unis, M. Stevens déclare lui-même — et l'on peut s'en rapporter à son témoignage — que le système cellulaire a perdu une partie de la faveur qu'il avait obtenue autrefois, et il ne trouve plus à mentionner que l'exemple persévérant du pénitencier de l'Est de Philadelphie.

« Mon opinion sur le système cellulaire est d'ancienne date et bien connue. Je l'admets pour les prisons départementales dans la limite de neuf mois ; je l'admets encore pour toutes les prisons dans tous les établissements de détention, pour les besoins temporaires de la répression et les exigences du maintien de la discipline ; je l'admets enfin à titre exceptionnel, sous le nom de *Confinement cellulaire*, destiné à remplacer la peine de mort, parce que je crois que, dans presques toutes les législations criminelles, la peine qui, dans l'échelle pénale, vient après celle de mort, n'offre pas les conditions nécessaires à son remplacement, et ma conviction s'applique particulièrement en France à la peine des

Digitized by Google

travaux forcés à perpétuité, qui ne saurait être, au point de vue de l'intimidation, équivalente à la peine de mort.

« Je présenterai à cet égard une observation qui m'est suggérée par un fait récent dont s'est émue l'opinion publique et dont je parlerai sans manquer au respect que l'on doit à l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'un accusé qui, après avoir été déclaré coupable de plusieurs crimes et, entre autres, d'un homicide prémédité, fut, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité.

« On n'a pu oublier que, dans une récente communication à l'Académie, j'ai constaté la tendance progressive des condamnés à préférer à la peine de la reclusion celle des travaux forcés, depuis surtout que cette dernière avait été transformée en transportation pénale à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, la peine à laquelle Moyaux, puisqu'il faut le nommer, a été condamné, est celle qui, contrairement à la graduation de l'échelle du Code pénal, est préférée par les condamnés à la peine inférieure de la reclusion.

« Comme je n'ai pas puisé ma persévérante conviction relative à l'abolition de la peine de mort, dans les inspirations d'un sentimentalisme philanthropique, mais dans des considérations qui tendent à ne jamais sacrifier à l'intérêt du progrès humanitaire celui de l'ordre social et de la sécurité publique et privée, je vois dans le fait précité le danger d'une situation à laquelle il est urgent de remédier. Le remède que je proposerais, jusqu'au jour où l'on pourrait reconnaître en France l'opportunité de l'abolition de la peine de mort, serait d'introduire dans le Code pénal un article qui stipulerait que l'accusé, reconnu coupable de meurtre prémédité auquel la peine de mort ne serait plus applicable, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, subirait celle du confinement cellulaire. Il s'agirait d'élever sans retard, à Belle-Ile-en Mer, un bâtiment approprié à cette destination, et, en attendant l'achèvement de cette construction, ce nouvel article du Code pénal recevrait son exécution dans les quartiers cellulaires des maisons centrales.

« Cette prescription ne me semble pas seulement réclamée par la sécurité publique et privée dans le présent, mais encore par la prévoyance de l'avenir. Il ne faudrait pas, en effet, que l'abolition de la peine de mort en France vînt tout à coup s'im-

Digitized by Google

poser en face de l'imprévu, c'est-à-dire de la situation présente telle qu'elle résulte de la peine des travaux forcés à perpétuité, qui serait subitement appelée à la remplacer. Rien ne serait plus propre à compromettre à la fois l'intérêt de la sécurité publique et celui de cette réforme elle-même. Il faut savoir prévoir et prévenir, et je vais me placer ici au point de vue purement historique, car on ne supprime pas l'histoire et il faut bien en accepter les faits et en utiliser les enseignements. Si l'on pouvait reculer de cinquante ans et se reporter à l'époque qui précède en France le mouvement abolitioniste, on aurait du temps devant soi ; car l'abolition de la peine de mort ne comptait alors que le précédent de la Toscane qui, successivement interrompu par les événements politiques, n'avait pris aucune consistance. Mais dans le cours de ces cinquante années, l'état des choses a bien changé ; et pour m'en tenir à la France, elle n'est séparée que par l'Espagne de l'abolition de la peine de mort en Portugal ; à ses frontières, elle trouve, en Belgique, l'abolition de fait depuis douze ans ; en Hollande, l'abolition de droit depuis près de sept ans et de fait depuis plus de vingt ans ; en Allemagne, l'abolition législative n'a tenu qu'à une majorité de neuf voix et même de cinq ; et, depuis cette époque, l'empereur d'Allemagne n'a pas signé un arrêt de mort. La Suisse a, depuis trois ans, supprimé la peine de mort dans tous les cantons de sa Confédération, et le gouvernement italien vient de proposer au Parlement d'étendre à toute l'Italie le précédent de l'abolition de la peine de mort en Toscane.

« La France est donc, pour ainsi dire, enveloppée dans un réseau abolitioniste. Telle est l'histoire, je ne l'invente pas, je l'expose. Dans une pareille situation la disposition que je propose d'introduire dans le Code pénal, en remédiant aux dangers du présent, n'est-elle pas dictée en même temps par la prévoyance de l'avenir ? »

CH. LUCAS.

Digitized by Google

LES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT,

D'APRÈS UN NOUVEAU PROJET DE LOI,

Par M. Léopold Thézard, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, avocat à la Cour d'appel.

Le Sénat, dans ses séances des 9 et 11 mars 1877, a adopté un projet de loi ayant pour objet de modifier les droits de l'époux survivant sur la succession de son conjoint prédécédé.

Ce projet substitue à l'article 767 du Code civil un nouveau texte en douze paragraphes, ainsi conçu :

« § 1er. Lorsque le défunt ne laisse ni parents successibles, ni enfants naturels, les biens de la succession appartiennent en toute propriété au conjoint qui lui survit.

« § 2. Dans les cas où le conjoint ne succède pas à la pleine propriété, il a sur les biens du prédécédé un droit d'usufruit réglé ainsi qu'il suit :

« § 3. Si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage, le conjoint a l'usufruit du quart des biens.

« § 4. Si le défunt laisse des enfants nés d'un précédent mariage, l'usufruit du conjoint s'exerce sur une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cet usufruit puisse frapper plus du quart des biens.

« § 5. Si le défunt laisse des parents autres que des enfants légitimes, le conjoint a, quels que soient leur nombre et leur qualité, l'usufruit de la moitié des biens.

« § 6. L'époux survivant n'a droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire, et sans préjudice des droits des héritiers auxquels une quotité des biens est réservée et des droits de retour déterminés par la loi. Sur le montant de leurs droits respectifs, l'époux et les héritiers sont tenus d'imputer les libéralités provenant du défunt directement ou indirectement.

« § 7. Dans le cas prévu par l'article 754, l'usufruit du père ou de la mère survivant ne s'exerce qu'après celui du conjoint.

« § 8. L'usufruit de l'époux survivant pourra être converti en une rente viagère, sur la demande d'un ou de plusieurs

Digitized by Google

héritiers du prédécédé, à la charge par eux de fournir des sûretés suffisantes.

« § 9. Le conjoint ne succède ni en propriété, ni en usufruit, lorsqu'il existe contre lui, au moment du décès, un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée.

« § 10. En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse si le défunt a laissé des enfants.

« 11. La succession du conjoint prédécédé doit des aliments au conjoint survivant qui est dans le besoin. Ces aliments sont réglés eu égard à la valeur de la succession, au nombre et à la qualité des successeurs du conjoint prédécédé. Le règlement ne peut être ultérieurement modifié vis-à-vis de la succession du conjoint prédécédé. Il peut l'être à l'égard du conjoint survivant qui cesse d'être dans le besoin.

« § 12. Les dispositions qui précèdent, en ce qui concerne l'usufruit, cesseront de recevoir leur application toutes les fois que les droits du conjoint auront été réglés soit par contrat de mariage, soit par donation entre époux, soit par testament. »

Le premier de ces paragraphes est la reproduction presque littérale du texte actuel de l'article 767. La réforme, laborieusement établie dans les dispositions suivantes, est en grande partie effacée par le paragraphe final, ajouté par voie d'amendement au texte de la commission.

Bien que la matière semble déjà épuisée par les écrits des publicistes et des jurisconsultes, aussi bien que par les remarquables discussions du Sénat lui-même, il n'est pas inutile, au moment où la Chambre des députés va être saisie du projet à son tour, d'étudier encore l'opportunité de la réforme proposée. Cette tâche s'impose surtout à ceux qui n'en admettent pas le mérite, et qui trouvent dans la loi actuelle une solution plus satisfaisante pour le plus grand nombre des cas. Toute idée de réforme, quand elle fait appel à des sentiments généreux, trouve facilement des défenseurs; on croit volontiers, en s'associant à une nouveauté, faire preuve de nouveauté dans ses propres idées, et en se flattant de remédier à quelques maux, on ferme aisément les yeux sur les inconvénients que le changement aura par ailleurs. La fonction ingrate de défenseur du passé veut qu'on écarte ces préoccupations, qu'on se heurte parfois à des aspirations

Digitized by Google

respectables; elle a la stérilité apparente de toute critique négative: mais est-ce une raison de la déserter quand elle semble utile?

I

L'idée d'attribuer au conjoint survivant des droits plus ou moins étendus sur la succession du prédécédé, a surtout pris de la consistance depuis une trentaine d'années. On l'appuie sur des raisons morales et sur des arguments historiques.

L'ordre des successions, a-t-on dit, est fondé sur les affections présumées du défunt. La loi, en réglant les vocations héréditaires, ne fait qu'écrire le testament de ceux qui, par ignorance ou imprévoyance, ou par quelque faiblesse naturelle, n'auront pas établi eux-mêmes leurs dernières volontés. Elle doit donc en cette matière, sous peine de faillir à sa mission, faire pour chacun ce qu'il ferait lui-même. Or, n'est-t-il pas contraire aux sentiments les plus légitimes et les plus naturels, que l'époux survivant n'ait aucune part à prétendre en concours avec les membres de la famille, qu'il soit rejeté au delà même des parents au douzième degré? Il serait une exception parmi les hommes, celui qui, mis en demeure d'opter entre les parents inconnus, pour qui la succession sera une sorte d'aubaine, et l'époux qui a partagé son existence et n'a fait qu'un avec lui, se déciderait en faveur des premiers. *Nul n'est si droit héritier au mort*, disaient les Assises de Jérusalem, *comme est sa femme et légitime épouse.*

La situation de déshérité faite au conjoint survivant ne méconnaît pas seulement l'affection présumée du mort; elle est une sorte de manquement à un droit acquis. Les deux époux se sont promis fidélité, secours et assistance: ils ont vécu de la même vie; leurs biens, au moins quant à la jouissance, se sont confondus. La mort qui les sépare, mais qui laisse encore le survivant rattaché au défunt par ce titre de *veuf* ou de *veuve*, qui conserve à la femme même le nom de son mari, doit elle éteindre cette association de l'existence et des fortunes? Est-il équitable que l'époux survivant, resté pauvre en face d'une succession opulente, recueillie par la famille du mort, soit tout à coup déchu du rang et de l'aisance que lui donnait le mariage? Qu'il soit en présence de parents dés-

Digitized by Google

ormais étrangers, et qui ne lui doivent rien, ou en présence de ses propres enfants, avec la ressource humiliante de leur demander des aliments, la situation est également pénible. Ce qu'il faut lui donner, c'est l'indépendance, c'est la continuation assurée de l'existence qu'il avait dans le mariage.

Les législations anciennes l'avaient compris. Le droit romain, dans son dernier état, avait institué la *quarte* du conjoint pauvre. Le droit coutumier avait trouvé dans les institutions germaniques le principe du douaire, qui, d'abord conventionnel, devint ensuite légal, et qui assurait à la veuve l'usufruit d'une partie des biens de son mari. Les lois révolutionnaires, par une réaction exagérée contre l'ancien droit, le Code civil, par erreur ou distraction plutôt que de parti pris, ont effacé les droits du conjoint survivant : c'est une œuvre de réparation que de les lui restituer.

II

Nous ne méconnaîtrons pas la gravité de ces raisons, que nous avons essayé de ne pas affaiblir. Dans certaines hypothèses données, la disposition du Code civil a certainement des inconvénients. Mais n'oublions pas d'abord que nous sommes ici dans une matière où le législateur supplée simplement à la volonté des individus, toujours libres de déroger à ses règles (et le projet de la loi a marqué ce caractère en refusant au droit créé par lui la nature d'une réserve) ; qu'il s'agit en même temps d'établir une présomption destinée à régir par une règle générale une multitude de cas particuliers et variables. Toute loi qui repose sur une présomption applicable à des hypothèses si différentes est nécessairement imparfaite : il est toujours facile de trouver des cas où elle produira des effets regrettables. Mais une présomption contraire, également généralisée, n'aurait-elle pas des inconvénients plus graves ? Telle est la question à résoudre. C'est donc avant tout à l'étude comparée des faits, pris dans leur généralité et non dans quelques exceptions, qu'il faudra recourir; il y aura lieu alors d'examiner le projet dans ses conditions d'utilité, de moralité, dans ses conséquences économiques et dans son mécanisme au point de vue du droit.

Digitized by Google

III

L'expérience historique invoquée en faveur de la réforme est loin de résoudre la question.

La quarte du conjoint pauvre date du dernier état du droit romain. Le droit classique attribuait au conjoint survivant la place même que lui donne notre Code, après tous les parents au degré successible.

Sans doute, entre les institutions du droit romain et les nôtres, on peut signaler des différences qui affaiblissent le précédent tiré du droit romain classique. Sous la République, le mariage, grâce à la *conventio in manum*, généralement usitée, avait pour effet d'attribuer au mari, à titre de dot, la propriété de tous les biens de la femme, et cette propriété lui restait généralement en cas de survie; la femme, de son côté, placée *loco filiæ* dans la maison de son mari, était appelée à lui succéder avec ses propres enfants et à l'exclusion de tous autres parents. Sous l'Empire, la fréquence et la facilité des divorces avaient relâché l'union conjugale, et cet affaiblissement du mariage lui-même explique dans une certaine mesure le rang inférieur où était rejeté l'époux survivant.

Quoi qu'il en soit, et en tenant compte de quelques exagérations dans ce qu'on rapporte sur ce relâchement du mariage, c'était le gain de la dot par le mari survivant, la restitution de la dot à la femme survivante, qui formaient le droit commun. Quant à la quarte du conjoint pauvre, ce titre même, avec lequel elle fut adoptée dans les pays de droit écrit, dénote son caractère exceptionnel, et n'autorise pas à l'invoquer comme précédent pour une disposition générale.

IV

Le douaire de nos pays coutumiers tira son origine des conventions matrimoniales usitées chez les peuples germaniques ; l'institution du douaire coutumier ne fit que sous-entendre une pratique déjà générale. Ce douaire n'était point un bénéfice réciproque pour les deux époux ; la femme seule y était appelée, et c'était pour elle la compensation de graves infériorités établies à son préjudice dans notre ancienne jurisprudence : le pouvoir donné primitivement au mari d'a-

Digitized by Google

liéner sans récompense les propres de sa femme, les priviléges de masculinité, et dans plusieurs coutumes l'exclusion absolue de la succession des père et mère prononcée contre la femme qui avait été dotée, *ne fût-ce que d'un chapel de roses;* et à ces causes il fallait joindre encore dans beaucoup de pays la prohibition de toutes donations pendant le mariage. A la femme ainsi déshéritée, et à elle seule, le douaire assurait un avenir en cas de mariage.

Mais sommes-nous aujourd'hui placés dans un pareil milieu d'institutions? La femme, égale de l'homme dans les successions, est, bien plus que lui, protégée contre la dissipation de son patrimoine : grâce à son incapacité légale, à l'hypothèque qui garantit ses reprises, au droit de demander la séparation de biens, elle retrouve sa dot dans les désastres du mari, lors même qu'elle y a contribué ; elle a tous les droits sans avoir la responsabilité.

V

La situation générale des femmes faisait, dans notre ancienne jurisprudence, la nécessité du douaire ; la légitimité de son institution légale vint de son existence préalable à titre de convention généralement usitée. On pouvait dire de lui : *Quæ sunt moris et consuetudinis tacite venire debent.*

Aujourd'hui qu'il est question de rétablir ce douaire, et de le rendre réciproque entre les époux, s'est-on préoccupé de savoir si la majorité des contrats de mariage contient une stipulation semblable?

En France (c'est un fait d'expérience), il est bien peu de personnes ayant quelque fortune qui se marient sans faire un contrat de mariage. Or, si parmi ces contrats de mariage plusieurs établissent des gains de survie, soit en propriété, soit en usufruit, beaucoup d'autres aussi, et en plus grand nombre peut-être, ne contiennent aucune stipulation de ce genre. Est-ce imprévoyance? Est-ce défiance anticipée contre l'affection réciproque des époux? Non apparemment : ces actes, auxquels participent généralement deux familles préoccupées d'assurer l'avenir de leurs enfants, sont l'expression d'une volonté réfléchie, de cette volonté même au silence de laquelle le projet nouveau prétend suppléer.

Il est très-rare notamment, lors même qu'on établit des

Digitized by Google

libéralités pour le cas de survie, qu'on ne les restreigne pas au cas où il n'y aurait pas d'enfants du mariage.

Dira-t-on qu'au moment du contrat, la stipulation de survie ne saurait être faite en connaissance de cause, que c'est une récompense qui veut être gagnée, et que, dès lors, la loi nouvelle supplée, non pas aux conventions matrimoniales, mais à la donation ou au testament qui seront généralement dans l'intention du prédécédé, et qu'il aura omis de faire?

Assurément, c'est moins par le fait de contracter mariage que par une longue existence en commun, que les époux acquièrent des droits à la reconnaissance et à l'affection l'un de l'autre. Il reste vrai pourtant qu'au moment du mariage chaque époux accepte la loi du contrat, et ne doit compter sur rien de plus que le bénéfice des stipulations librement consenties de part et d'autre. Puis, la loi projetée, qui suppléerait à l'omission, supposée involontaire, des dispositions entre-vifs ou par testament, entre des époux unis par une longue communauté dans l'affection, dans le travail et les épreuves de la vie, ne s'étend-elle pas au delà de ses motifs? Applicable à tous les mariages, à ceux qui auront duré quelques mois, quelques semaines à peine, comme à ceux qui auront embrassé la plus longue partie de l'existence, à ceux où la discorde règne aussi bien qu'aux plus unis, elle accorde son bénéfice à l'époux même qui aura obtenu la séparation de corps contre le prédécédé : dans ce cas spécial, est-il encore exact de dire qu'elle supplée à une volonté présumée?

Enfin, ce critérium, tiré de l'usage général, que nous cherchions tout à l'heure dans les contrats de mariage, il se retrouve encore dans la pratique des donations et des legs entre époux. Quand l'un des époux n'a que des parents éloignés, il est bien rare qu'il ne fasse pas quelque disposition au profit de son conjoint, et pour ce cas une loi nouvelle est à peu près inutile. S'il a des parents plus proches, il s'abstient plus souvent. Ne concluons pas de cette abstention qu'il a méconnu les devoirs de l'affection envers son conjoint; ne nous hâtons pas davantage d'en inférer que le temps ou la résolution lui ont manqué pour faire connaître ses dernières volontés. La plupart du temps, la véritable raison de cette abstention sera différente : tout en portant un amour sincère et mérité à son conjoint, il aura comparé la situation où doit

Digitized by Google

se trouver celui-ci à sa mort, reprenant tout ce qu'il a apporté en mariage, tout ce qui lui est échu, conservant dans sa famille tous ses droits de succession, et la situation de ses propres parents, eu égard à la proximité du degré, aux liens d'affection formés avec eux, à la fortune dont ils jouissent.

Si ce sont des enfants, il aura tenu compte de l'avantage de les faire jouir immédiatement de tous ses biens, pour qu'ils puissent les faire fructifier pendant qu'ils sont dans l'âge de l'activité ; il aura examiné si le conjoint survivant, à le supposer pauvre, avait quelque chose à redouter de leur ingratitude. Si ce sont ses père ou mère ou d'autres ascendants, il aura vu de même si leurs besoins ne sont pas plus pressants que ceux du conjoint. Enfin, qu'il s'agisse de frères ou même de collatéraux plus éloignés, il aura jugé s'il était utile de rompre l'équilibre entre les patrimoines des deux familles.

Voilà presque toujours quels motifs auront déterminé l'abstention. Si cette manière de faire est celle de la majorité, si, dans la plupart des cas, elle est justifiée par la situation respective de l'époux survivant et de la famille, la loi proposée n'est plus l'expression d'une volonté générale; elle ne peut plus invoquer cette raison d'être des dispositions supplétives, qui font passer en règle légale un usage constant et équitable.

On allègue, il est vrai, que si la plupart des personnes ne font pas de testament au profit de leur conjoint, c'est qu'elles sont surprises par la mort avant d'avoir songé à manifester leurs dernières volontés, ou qu'une sorte de crainte superstitieuse les a fait reculer devant un acte impliquant l'idée d'une mort prochaine. Vraie pour quelques-uns, cette manière de voir est contestable pour le plus grand nombre. Qu'on essaye de faire une loi qui restreindrait les droits des enfants dans la succession paternelle, des frères mêmes dans celle de leurs frères, mais qui laisserait à chacun le droit d'instituer ces enfants ou ces frères : on verra si les actes de dernière volonté ne se multiplieront pas.

Non-seulement, au point de vue de l'époux qui peut prévoir la survie de son conjoint, le projet de loi n'apparaît pas comme l'expression nécessaire d'une volonté tacite. Mais qu'on interroge même avec impartialité ceux auxquels pourrait bénéficier la loi nouvelle. Trouverons-nous de ce côté ce

Digitized by Google

concert de réclamations qui démontre la nécessité des réformes, cette voix universelle des intéressés, qui s'est élevée par exemple contre le droit d'aînesse? A peine quelques récriminations isolées dans ces hypothèses exceptionnelles, où le système du Code civil, comme toute loi humaine, produit des résultats regrettables.

Le mouvement d'opinion qui s'est fait dans ces dernières années au profit du conjoint survivant, est absolument factice; œuvre de quelques publicistes, qui ont trouvé là matière à de brillants développements, il n'a pas gagné la masse du public, quoique tout le monde, ou à peu près, y soit intéressé, et une respectueuse indifférence a seule accueilli l'éclosion et la discussion du projet.

L'intérêt personnel de ceux qui se flatteraient de survivre à leur conjoint, si facile à dissimuler en pareil cas sous une adhésion sentimentale à une réforme généreuse, ne s'est point éveillé. L'intérêt personnel a donné là simplement une preuve de sa clairvoyance; car en même temps que tout époux survivant aurait une part en usufruit sur les biens de son conjoint prédécédé, il se verrait, dans toutes les successions de ses parents mariés, privé d'une part d'usufruit en vertu d'un droit semblable; or, il est fort naturel de préférer un patrimoine tout entier composé de pleine propriété à une fortune de valeur égale, suivant les probabilités, mais faite de fractions de pleine propriété, de nue propriété et d'usufruit sur des biens différents.

VI

Dans les circonstances mêmes qui ont appelé l'intérêt des publicistes sur le sort du conjoint survivant, il y a souvent des apparences qui prêtent à l'illusion.

On voit trop fréquemment des veuves (car c'est la femme que le douaire favorisait autrefois, et c'est elle surtout que la réforme a en vue) tomber, à la mort de leur mari, dans une situation inférieure. Mais le rang qu'elles occupaient tenait-il toujours à la fortune personnelle du mari? C'est l'hypothèse la plus rare; car fort heureusement les mariages se contractent d'ordinaire avec une égalité plus ou moins complète des apports : si le mari était riche, la femme l'était aussi.

Digitized by Google

Ces déchéances se produisent quand ni l'un ni l'autre n'avait de fortune, quand la situation du mari était une situation viagère, inhérente à sa personne. Fonctionnaire, écrivain, industriel même ou commerçant, il trouvait en lui la source des revenus qui assuraient le bien-être de la famille. Il meurt; si l'on a fait des économies, la femme en prendra la moitié, lorsqu'elle sera mariée sous la communauté d'acquêts, régime le plus ordinaire; s'il n'y en a pas, le mal est irréparable; ce n'est pas un droit prélevé sur le maigre patrimoine du défunt, au détriment de la famille, qui assurera à la veuve la continuation de sa précédente existence.

Il y a là une de ces pertes fatales auxquelles nulle loi ne peut obvier : ce n'est pas d'un patrimoine, c'est de l'époux lui-même que la femme est déchue, *dejectam conjuge tantum*. A ces maux un seul remède peut pourvoir : c'est la prévoyance. Des lois spéciales ont réglé quelques-unes de ces situations: celles qui ont établi la réversibilité partielle des pensions de retraite, qui ont donné au conjoint survivant un droit de jouissance sur la propriété littéraire du défunt [1]. Quant aux autres cas, c'est l'assurance sur la vie, qui semble fournir la combinaison la plus avantageuse, lorsque les époux craignent de ne pouvoir constituer sur leurs seules économies un capital suffisant en acquêts [2].

[1] Les dispositions de la loi du 19 juillet 1866 sur la propriété littéraire, que ses auteurs, avec une sorte de lyrisme, annonçaient comme un premier pas vers les modifications aujourd'hui en discussion, ont même quelque peu dépassé le but, comme il arrive dans les réformes par enthousiasme. Supposant comme droit commun que sous le régime de la communauté, ou légale, ou réduite aux acquêts, la propriété littéraire créée par l'un des époux au cours du mariage est une valeur de communauté quant à son capital même, les rédacteurs de la loi ont attribué au conjoint survivant de l'auteur, outre sa moitié dans ce capital, un droit de jouissance pendant cinquante ans sur le tout. Mais ils ont oublié l'hypothèse inverse, celle où l'auteur survivrait; et pour ce cas, ils ont laissé tout son empire au droit commun : la propriété entière se partage entre l'auteur et les héritiers de son conjoint, et cet auteur n'a pas pour lui-même ce droit de jouissance intégrale sur ses propres œuvres. Pour l'honneur des législateurs de 1866 et pour le malheur des lettres, la propriété littéraire après la mort des auteurs est de si faible valeur que cette anomalie n'a pas été remarquée.

[2] Nous supposons que le contrat d'assurance sur la vie étant fait au profit du survivant des deux époux, cette stipulation doit recevoir son effet conformément à la volonté des parties, et qu'on ne traitera pas le capital payable par l'assureur comme une valeur de communauté. Contrairement à l'avis des auteurs qui rejettent cette solution, comme devant porter atteinte,

Digitized by Google

VII

Nous l'avons déjà remarqué, les promoteurs de la loi nouvelle ont surtout envisagé, dans l'histoire et dans l'expérience contemporaine, deux situations particulières : celle de la femme survivant au mari, celle du conjoint pauvre survivant au conjoint riche; — les deux hypothèses se confondaient dans notre ancienne France, où la femme, presque toujours, était relativement pauvre.

Mais la loi proposée est générale dans sa disposition. Elle embrasse à la fois les deux époux; elle s'applique au cas où le conjoint riche survit au conjoint pauvre, et au cas plus ordinaire où les deux époux étaient dans un état de fortune analogue.

Il faut donc examiner succinctement ces diverses hypothèses.

Dans la plus fréquente de toutes, l'égalité de fortune entre les époux, la nécessité de la réforme n'apparaît pas, et il est facile d'y reconnaître des inconvénients.

Que chaque époux ait en général à l'affection de l'autre, dans la plupart des mariages, un titre égal à celui que peut donner la parenté, on ne saurait le nier sans injustice ou sans tristesse. Mais est-il nécessaire que cette affection se traduise sous la forme d'un droit héréditaire?

Le système des successions n'est pas seulement fondé sur le sentiment; il repose aussi sur l'idée du devoir, devoir dont chacun est juge sans doute, et que peut modifier l'affection, mais à la condition d'être raisonnée et voulue.

Les biens de chacun de nous, à part les acquisitions réalisées par le travail et l'économie, lui proviennent de la famille. Ils sont le résultat des efforts des générations antérieures, et si les ancêtres qui les ont gagnés ont pu prévoir l'extinction d'une branche de leurs descendants, ils ont pensé que la portion de la fortune commune passée dans cette branche devait faire retour à la masse et rester dans le patrimoine de ceux qui continueraient le nom et la race. Les parents sont liés entre eux, non-seulement par la sympathie

soit à la composition légale de la communauté, soit à la prohibition des donations conjonctives, nous admettons la doctrine d'un arrêt de Besançon du 3 mai 1871 (Dalloz, 1872, 2, 215) et d'un arrêt de Douai de 1876.

Digitized by Google

que créent le plus souvent ces relations nées de l'affection même de leurs parents, de la communauté d'éducation et des mille impressions de l'enfance, mais aussi par cette pensée des ancêtres qui ont créé la famille.

Ainsi se justifie l'antique idée de la copropriété de la famille chez les Romains, chez les Gaulois, idée dont notre ancienne jurisprudence, avec sa théorie des propres, ses réserves coutumières, ses retraits, traduisait, avec une énergie parfois exagérée, la légitime influence.

Sans doute, ce n'est plus, surtout aujourd'hui, une loi absolue imposée à chacun, de conserver pour la famille la part de biens dont il a hérité; la propriété individuelle, pour être féconde, a besoin d'être entière. Mais pour la détourner de sa dévolution naturelle, il faut que le titulaire veuille en disposer, et la loi ne doit pas intervenir pour tracer à ses pensées un autre cours.

Les liens de la parenté naissent avec nous, et les liens héréditaires qui en sont la conséquence : s'ils se fortifient, c'est surtout pendant l'enfance, par ces affections désintéressées qui laissent dans la vie une trace ineffaçable. En créant les vocations héréditaires, la loi s'inspire de ces sentiments presque innés. L'homme n'étant point mis en demeure d'en régler lui-même l'effet, quelquefois même étant dans l'impossibilité de le faire, s'il meurt par exemple en état de minorité ou d'interdiction, la loi remonte dans ces affections profondes et leur donne sa sanction. Elle veut, pour y déroger, que le testateur, jugeant le démérite des siens ou reconnaissant chez d'autres des droits supérieurs créés par les événements de la vie, ait prononcé par lui-même.

Le mariage, au contraire, se produit par la libre volonté des époux à un moment déjà avancé de la vie. Il est une de ces causes puissantes qui peuvent substituer de nouveaux droits à ceux de la parenté. Mais les futurs époux sont tout d'abord mis en demeure de régler lors du mariage ce qu'ils veulent faire l'un pour l'autre : ce qui est alors stipulé forme la loi du contrat, c'est le droit strict. Plus tard, et par la vie commune elle-même, chacun d'eux peut mériter davantage, et alors peuvent intervenir les donations, les libéralités testamentaires. Pourquoi ne pas laisser chacun juge de l'opportunité de ces dispositions? L'abstention ne sera pas, nous l'avons dit, une preuve du refus d'affection; le maintien des

Digitized by Google

biens dans la famille du prédécédé, en laissant la situation de l'autre égale à elle-même, sera la simple affirmation des liens de la parenté.

Affaiblir légalement les liens de la parenté, fût-ce au profit du mariage qui en est le principe, diminuer chez les individus cette conviction que les parents sont les plus naturels héritiers, n'est-ce pas prêter la main à des discussions sur la légitimité des successions elles-mêmes, et fournir involontairement des armes à des projets qui rétréciraient le cercle des successibles? Faire de l'affection présumée, et non du devoir, la base unique des successions, n'est-ce pas ouvrir la porte à la succession intégrale des enfants naturels, et ruiner par là le mariage qu'on prétend honorer?

Entre époux d'égale fortune, il n'est donc pas nécessaire de créer un droit successoral; peut-être même le survivant a-t-il une position plus digne, et qui lui assure, avec les parents du défunt, des relations plus sympathiques, en laissant retourner à la famille les biens qui viennent d'elle.

La loi actuelle, qu'on accuse d'inhumanité envers le conjoint survivant, lui fait pourtant des avantages.

Non-seulement il reprend tout ce qui est provenu de son chef, et si c'est la femme, elle a la garantie de l'hypothèque légale; mais l'époux survivant profite encore de la confusion du mobilier qui s'est opérée par l'effet de la communauté légale; quand il y a une communauté d'acquêts, régime ordinairement adopté, il partage les acquisitions faites sur les économies du ménage; et, à ce point de vue, la création d'un droit de survie tend presque à désintéresser chacun des époux de la prospérité commune; car s'il meurt le premier, il n'en doit pas profiter, et s'il survit, il est assuré de trouver dans les biens de son conjoint des moyens d'existence.

L'époux survivant a encore d'autres bénéfices : s'il reste des enfants mineurs, il a la jouissance légale des biens recueillis par eux dans la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans; il a une créance alimentaire contre ces mêmes enfants, et même, selon une jurisprudence dont nous aurons à parler plus loin, contre la succession du prédécédé, quels que soient les héritiers; pour la veuve spécialement, le Code lui assure la subsistance dans les premiers temps qui suivent la dissolution du mariage (art. 1465, 1570 C. civ.), en même temps qu'il lui ac-

Digitized by Google

corde, dans tous les cas, la reprise des objets à son usage personnel (art. 1492); des lois spéciales établissent la réversibilité des pensions de retraite et de la propriété littéraire; et tout cela sans préjudice des droits de préciput conventionnel que le Code favorise, des assurances sur la vie, des libéralités entre vifs ou testamentaires qui sont permises sans autre restriction que la réserve.

VIII

Si, entre époux d'égale fortune, il semble inutile de faire davantage, combien la réforme est moins opportune lorsque le survivant sera riche et le défunt pauvre! Les héritiers seront souvent ou un père ou une mère qui auront négligé d'accroître leur patrimoine, et se seront imposé des sacrifices pour assurer l'avenir de leur enfant; ce seront ces sacrifices mêmes qui lui auront permis d'épouser une personne plus riche : lui mort, les parents ne recueilleront son patrimoine que grevé d'un usufruit au profit d'un conjoint déjà opulent. Les héritiers pourront être encore les autres enfants de ces mêmes parents, dont la part aura été diminuée pour assurer l'établissement du défunt. Et ces membres de la famille, si dignes de pitié, n'auront même pas la ressource de réclamer des aliments à l'époux survivant : car la loi, qui soumet la succession du prédécédé à l'obligation alimentaire au profit du survivant, n'établit point de réciprocité.

Reste enfin le dernier cas, celui pour lequel la loi a été faite : c'est le conjoint riche qui meurt, le conjoint pauvre qui survit. Le sort de ce dernier mérite assurément la bienveillance des lois. Et pourtant, là même, il y a quelque danger, non pas sans doute dans l'effet direct de la disposition nouvelle sur les faits acquis, mais dans l'influence qu'elle peut avoir sur les mariages à venir.

D'après les lois ordinaires de la nature, c'est le plus âgé qui doit mourir le premier. Le droit nouveau profitera donc surtout à la jeune fille pauvre qui aura épousé un vieillard riche, au jeune homme pauvre qui aura épousé une vieille femme riche : ce sont ceux-là qui en auront le plus longtemps et le plus pleinement le bénéfice. Aujourd'hui il se contracte parfois de pareilles unions; mais chaque époux ne peut rien prétendre des biens de son conjoint qu'en vertu

Digitized by Google

du contrat de mariage, d'une donation ou d'un testament, ou encore au moyen des économies faites pendant le mariage; et il arrive souvent que par un désintéressement, ou réel ou affecté, celui qui pourrait avoir la pensée de survivre à l'autre ne se fait consentir aucune libéralité. Le projet de loi lève ces scrupules; il seconde les désirs secrets des personnes qui se marient pour être riches un jour; véritable ami,

> Il leur épargne la pudeur
> De nous les découvrir eux-mêmes.

En réalité, et fort involontairement, les auteurs de la loi nouvelle ont créé un appât pour ces unions disproportionnées quant à l'âge et à la fortune, unions presque toujours stériles et qui, par là même, inutiles au pays, offriront encore cet avantage au survivant, qu'il pourra se remarier sans être déchu de son droit. Les Romains qui, dans leur dureté, allaient jusqu'à prohiber les donations entre époux pour que le mariage ne devînt pas un marché (*ne venalitia essent matrimonia*), avaient peut-être mieux raisonné.

IX

Les auteurs de la réforme ont dû opter, quant à la nature du droit, entre la propriété et l'usufruit. Le projet a finalement écarté, dans tous les cas, sauf celui d'absence totale d'héritiers au degré successible, l'institution d'un droit héréditaire en pleine propriété au profit du conjoint. Admettant que le système des successions repose sur la conservation de la propriété dans les familles, nous ne saurions attaquer cette résolution, considérée en elle-même. Les rédacteurs de la loi nouvelle, reculant devant l'institution d'un nouvel ordre d'héritiers, ont été amenés, dès lors, à établir en usufruit ce droit nouveau dont ils décidaient la création.

Mais l'établissement de droits d'usufruit par une disposition aussi générale n'a-t-il pas, de son côté, de graves inconvénients moraux et économiques?

L'usufruit, qui laisse à une personne la propriété de la chose et en assure à une autre la jouissance pour le temps indéterminé de son existence, qui donne à l'un l'espérance sans la réalité, à l'autre l'avantage du présent sans pensée

Digitized by Google

d'avenir, établit forcément entre ces deux personnes une sorte d'antagonisme, excité à chaque instant par la coexistence permanente des droits rivaux. Ce n'est pas en fermant les yeux sur les mauvais côtés de la nature humaine qu'on peut résoudre les problèmes. N'est-il pas certain, surtout quand le nu-propriétaire appartient à une autre famille que l'usufruitier, quand ils ont déjà pu se trouver en conflit pour des intérêts divers, qu'il naît chez le premier un vœu de mort, latent, peut-être, et inavoué, qui ne se traduira pas sans doute par des actes criminels, mais qui entretient en lui des sentiments mauvais? Propriétaire, il ne jouit pas; ces biens, qui sont à lui, il ne peut en disposer qu'à des conditions désavantageuses; il n'y trouve qu'un moyen de crédit très-affaibli; les améliorations mêmes dont la chose serait susceptible, il n'a pas droit de les faire; il a pour toute perspective d'arriver, déjà vieux, impuissant à agir comme à jouir, à cette propriété entière qui lui permettrait de réaliser ses projets ou ses espérances. L'usufruitier est pour lui un obstacle dont il s'irrite.

A l'usufruitier qui, de son côté, sent cette jalousie animée contre lui, on ne peut demander un souci bienveillant pour le propriétaire. Ses seules préoccupations sont d'échapper aux déchéances légales et de retirer de la propriété tous les revenus dont elle est susceptible. La nature même de son droit, dont il jouit au jour le jour, le porte vers une complète imprévoyance de l'avenir. Ne voulant pas incorporer au sol, sous forme d'améliorations au profit d'un autre, les économies que donneraient les revenus, il s'habitue à n'en pas faire.

De cette situation tendue naîtront souvent des difficultés entre le nu-propriétaire et l'usufruitier ou ses successeurs, des procès sur la jouissance même ou sur le règlement des comptes, qui laisseront après eux des animosités vivaces.

La plupart des transactions que l'un ou l'autre pourra faire avec des tiers supposeront la discussion des chances de vie de l'usufruitier. L'appréciation de ces chances, qui n'a rien d'immoral, quand elle s'opère sur des moyennes générales et mathématiques pour servir de base à l'utile contrat d'assurances sur la vie, présente quelque chose de répugnant quand elle se débat à propos d'un individu déterminé; l'habitude de semblables calculs, les déceptions que fera naître

Digitized by Google

la trop longue existence d'une personne, ne peuvent que conduire au mépris de la vie humaine.

Les mêmes causes qui, au point de vue moral, produiraient ces effets, auraient encore une influence déplorable au point de vue économique.

Comment espérer la mise en valeur des propriétés dans un état où celui qui aurait les pensées d'avenir ne pourrait pas les réaliser, où celui qui pourrait les réaliser aurait intérêt à ne pas le faire? Comment échapper même à certaines pertes que produirait une exploitation dirigée pour faire produire au fonds tout ce qu'il peut donner, sans autre limite qu'un abus de jouissance assez caractérisé pour faire craindre la déchéance du droit? Dans les contrées où l'on cultive la vigne, un vignoble soumis à l'usufruit pendant de longues années est souvent un vignoble perdu. Pour convaincre l'usufruitier d'abus de jouissance, pour suivre les progrès de malversations latentes qui ont activé la production actuelle et compromis l'avenir, il faudrait remonter dans un passé lointain et se heurter à des causes de force majeure invoquées avec plus ou moins d'apparence.

En même temps, les transactions sur des immeubles grevés d'un droit aléatoire dans sa durée, deviennent presque impossibles, ou bien ne sont consenties que sous la pression du besoin et à des conditions désavantageuses pour le propriétaire.

Le crédit hypothécaire, cet instrument puissant de production et d'activité, n'est pas moins gravement atteint : qui consentirait à prêter, moyennant une hypothèque sur un usufruit qui peut s'éteindre demain? Comment, d'autre part, le nu-propriétaire trouvera-t-il à emprunter sur sa propriété? Ou il empruntera à bref délai, et bientôt le créancier fera vendre sa nue propriété à vil prix pour réaliser son gage ; ou il prendra des termes éloignés, et pendant de longues années, épuisé par le payement des intérêts, alors qu'il n'aura pas de revenus, le débiteur verra la créance grossir peu à peu et absorber enfin la valeur même de la pleine propriété. Il n'est guère d'hypothèques conventionnelles établies sur une nue propriété qui n'aboutissent à l'un de ces résultats.

Le crédit mobilier, de son côté, subirait une atteinte analogue.

Dans tous les cas, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire,

Digitized by Google

l'un ne retrouvera jamais ce que l'autre perdra sur la valeur totale du bien. Par l'effet de cette division, beaucoup de propriétés déjà dépérissent ou manquent de s'accroître; beaucoup de transactions utiles sont empêchées, et la richesse publique est elle-même diminuée.

Aussi l'usufruit n'existe-t-il aujourd'hui qu'à titre d'exception.

Le Code civil n'a établi qu'un seul cas d'usufruit légal, celui où le père ou la mère d'un individu décédé se trouve en concours avec des collatéraux de l'autre ligne, autres que des frères ou sœurs; le père ou la mère obtient alors l'usufruit du tiers de la portion héréditaire dévolue à ces collatéraux (art. 754). Ce droit exceptionnel, accordé à des personnes généralement âgées, et supporté par des héritiers éloignés qui n'avaient pas à compter sur la succession, se justifie par ces circonstances mêmes et par sa très-rare application.

Quant à la jouissance légale donnée aussi par le Code aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs (art. 384), elle se distingue d'un véritable usufruit par sa durée toujours assez courte, et dont le maximum est certain, par les charges auxquelles elle est subordonnée : portant d'ailleurs sur les biens d'enfants mineurs, qui n'en pourraient jouir par eux-mêmes, sur des biens dont la loi ne permet que très-difficilement l'aliénation ou l'hypothèque, elle n'ajoute pas, à vrai dire, d'entraves à la propriété.

Enfin, quant aux constitutions d'usufruit qui dérivent des contrats ou des dispositions testamentaires, la loi, il est vrai, ne les a pas limitées. Mais elle fait les particuliers juges de leur convenance; à eux d'apprécier si, à raison de la nature des biens, de la situation de fortune du nu-propriétaire et de l'usufruitier, de leurs relations entre eux, les inconvénients possibles ne sont pas à craindre. En fait, grâce à cette appréciation, les droits d'usufruit ne portent que sur une très-faible partie de la richesse générale.

Le projet actuel, d'un trait de plume, soumet à l'usufruit la moitié ou le quart des biens de toute personne qui mourra mariée. Comme la fortune se trouve principalement aux mains des gens mariés, c'est une portion importante de toutes les richesses françaises qui se scinde ainsi en nue propriété et en usufruit.

On a dit, pour justifier la loi qui dispense le mari de don-

Digitized by Google

ner caution à sa femme pour la restitution de la dot (art. 550 C. civ.), qu'autrement une moitié du genre humain servirait de caution à l'autre. L'application de la loi nouvelle aurait un résultat aussi bizarre; elle ferait la plupart des Français nu-propriétaires d'une partie de leur patrimoine, et usufruitiers d'une autre; par le jeu des successions, très-peu échapperaient à cette étrange dissociation des droits. Bien plus, ce cautionnement réciproque et universel, que nos anciens rejetaient avec raillerie, nous n'y échapperions pas. Le projet de loi n'a pas dispensé, et il ne pouvait pas dispenser l'époux usufruitier de donner caution. Il faudra donc que chaque époux survivant trouve un répondant pour garantir la restitution. Le cautionnement, ce contrat dangereux qui déplace les responsabilités, qui crée une incertitude sur la véritable solvabilité du répondant (car on ne sait s'il ne sera pas obligé de payer), et qui dans tous les cas restreint son crédit personnel, qui laisse après lui, quand ce répondant, forcé de payer, n'a pas de recours utile, des récriminations et des haines, le cautionnement deviendra une nécessité de tous les jours; il sera d'autant plus gênant, qu'il garantira une dette à longue échéance, et sera indéterminé dans son *quantum* et sa durée. Ces trois situations anormales d'usufruitier, de nu-propriétaire de caution, deviendront la loi commune.

L'obligation de fournir caution ne pourra être évitée qu'en recourant aux moyens indiqués par le Code : séquestre ou bail à ferme des immeubles, vente du mobilier, placement des capitaux. Mais que de complications encore, et que de dépréciations il faudra subir pour ces diverses opérations, dans l'impossibilité où l'on sera d'attendre un moment favorable!

Une autre difficulté enfin naîtra du caractère partiel de l'usufruit attribué au conjoint. Cet usufruit doit porter sur le quart ou la moitié de la succession, et par suite sur le quart ou la moitié de chaque lot. La division, toujours difficile, deviendra parfois impraticable, et il faudra recourir à la mesure extrême de la licitation. Qu'on suppose sept ou huit héritiers : on ne se tirera d'affaire que par des morcellements à outrance, ou par la vente du plus grand nombre des lots, qui fera sortir les biens de la famille, contre le vœu de la loi et le désir des héritiers.

Le projet a tenté d'obvier à ces divers inconvénients, qu'on

Digitized by Google

devait nécessairement entrevoir, en permettant de transformer le droit d'usufruit en une pension viagère, sur la demande d'un ou de plusieurs héritiers du conjoint prédécédé : cette pension sera sans doute établie d'après le revenu probable des biens qui seraient soumis à l'usufruit. Si l'on évite ainsi plusieurs des inconvénients inhérents à l'usufruit, d'autres subsistent encore. Dans ce cas d'ailleurs, l'obligation de fournir des sûretés (cautions ou hypothèques) est transportée de l'époux survivant à l'héritier du prédécédé, et la difficulté de se procurer les garanties sera souvent un obstacle à la conversion désirée. Fût-elle même accomplie, il restera des entraves au droit de disposition de la propriété et aux opérations de crédit.

Si encore, au prix de ces difficultés, on avait pleinement atteint le but qu'on se propose, d'assurer à l'époux survivant une existence indépendante pour ses derniers jours ! Mais l'usufruit ou la pension ne sera ni incessible ni insaisissable; il pourra être absorbé à l'avance par les dettes de l'époux survivant Pour ce cas, le projet se complète en instituant une pension alimentaire qui viendra se cumuler avec le droit de survie.

X

Le droit alimentaire établi par le projet comme extrême ressource, en prévision de l'insuffisance du droit d'usufruit, doit grever la succession du prédécédé. Ce n'est pas là une innovation absolue : plusieurs autorités imposantes en doctrine et en jurisprudence avaient déjà posé cette règle que l'action alimentaire, quand elle a pris naissance du vivant de celui qui en est tenu, c'est-à-dire quand le créancier alimentaire était dès lors dans l'indigence, peut s'exercer contre la succession, lors même que les héritiers ne seraient pas personnellement débiteurs alimentaires [1] : il y aurait avantage, croyons-nous, à mettre cette équitable décision hors de doute, en la formulant dans la loi, mais au chapitre qui traite des obligations alimentaires, et non au titre Des successions.

Mais les partisans du nouveau projet répugnent à restrein-

[1] *Sic* MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 10; Cass., 12 décembre 1848 (Sirey, 56, 2, 385); Cass., 2 avril 1861 (Dalloz, 61, 1, 97).

Digitized by Google

dre à ce point le droit du conjoint survivant. Ils traitent volontiers la pension alimentaire comme une sorte d'aumône humiliante, propre à soulever, pour la fixation du *quantum*, des débats pénibles; ils ne l'admettent qu'à un rang subsidiaire. Le tableau qu'ils font des procès sur les pensions alimentaires est une de leurs raisons pour y substituer un droit légal, pris sur la succession elle-même; ils représentent volontiers l'époux survivant réduit à la triste nécessité de solliciter contre les héritiers opulents du prédécédé, le plus souvent contre des enfants dénaturés, une modique pension, d'étaler devant la justice sa misère et l'ingratitude des siens.

Ce triste tableau n'est point l'expression d'une vérité générale, si l'on interroge la pratique des affaires judiciaires. Les demandes en pension alimentaire sont en somme fort rares. La jurisprudence en sens divers, qui s'est formée sur cette question de savoir si la succession du débiteur alimentaire reste tenue de son obligation, s'affirme par un petit nombre d'arrêts; il en serait tout autrement si la situation pénible qu'on invoque se présentait fréquemment; car jusqu'à ce que la question fût définitivement tranchée, le débat renaîtrait chaque jour. Les documents de jurisprudence dont nous parlons, d'ailleurs, s'appliquent presque exclusivement à des époux séparés de corps, c'est-à-dire à des époux auxquels la loi nouvelle elle-même n'assure que le droit alimentaire.

La rareté des procès dénote déjà l'exagération des plaintes. Mais dans les quelques demandes alimentaires qui se discutent devant les tribunaux, que voit-on la plupart du temps? Si le créancier alimentaire est dans la misère, le débiteur est-il riche? Presque toujours, il n'y a entre eux d'autre différence, sinon que le débiteur trouve dans son travail des moyens d'existence, et que le réclamant ne peut plus travailler : le cas le plus ordinaire est celui où un homme mort sans fortune a laissé une veuve et des enfants : à quoi servirait alors à la veuve un droit d'usufruit sur une succession qui n'existe pas?

Dans les hypothèses où le conjoint survivant sera réellement dans le besoin, la pension alimentaire lui offrira ces avantages sur le droit d'usufruit : d'être établie d'après ses besoins et les facultés de la succession débitrice, de n'être pas atteinte par la limitation résultant de la réserve, d'être

Digitized by Google

enfin incessible et insaisissable, et de mieux remplir ainsi l'objet qu'on se propose.

N'oublions pas d'ailleurs que l'époux décédé a pu faire des dispositions en prévision de cette hypothèse; c'est trop accuser la négligence de l'affection conjugale que de supposer en semblable matière une omission systématique, de même que c'est trop se défier de l'ingratitude des enfants que de représenter les parents comme réduits le plus souvent à des pénibles disputes pour leur subsistance.

XI

D'après un amendement introduit dans le projet lors de la dernière lecture, et qui en forme la disposition finale, « les dispositions précédentes cesseront de recevoir leur application toutes les fois que les droits du conjoint auront été réglés, soit par le contrat de mariage, soit par donation entre époux, soit par testament ».

Cet amendement est l'expression d'une idée fort juste: toutes les fois qu'il y a une volonté exprimée, il n'y a plus place pour une présomption quant à cette même volonté.

Mais cette disposition, dans ses rapports avec le texte de la loi, fera naître, on peut en être assuré, de nombreuses difficultés qui ont été entrevues déjà dans la discussion.

Tout d'abord, et bien qu'on ait cherché une conciliation, il y a dans le texte cité une antinomie avec la règle finale du § 6. D'après ce § 6, l'époux survivant qui a reçu des libéralités de son conjoint est tenu de les *imputer* sur son droit de survie légal. D'après la disposition finale, les libéralités établies par le conjoint *excluent* absolument le droit de survie légal. Malgré la différence de rédaction, c'est bien la même hypothèse qui est prévue: la seule distinction qui concilie les deux parties du texte (on l'a indiquée dans la discussion), c'est que la disposition finale s'appliquera au cas seulement où il aura été spécifié, explicitement ou implicitement, dans le contrat de mariage, la donation ou le testament, que l'avantage fait au conjoint avait pour objet de régler ses droits. Si on l'entend ainsi, l'amendement devient inutile, ainsi que le faisaient observer ses adversaires; or, il a été maintenu, et malgré l'affirmation d'une entente sur le fond des choses qui

Digitized by Google

a clos le débat, on ne se rend pas nettement compte de la pensée définitive du texte.

Quels seront d'ailleurs les avantages qui constitueront un règlement du droit du conjoint survivant, et qui devront soit s'imputer sur l'usufruit, soit l'exclure? Le préciput conventionnel sera-t-il dans ce cas? Si oui, on déroge à l'article 1516, qui ne considère pas le préciput comme une libéralité, mais comme une convention de mariage. Si non, on s'expose à méconnaître l'intention des parties, pour lesquelles le préciput a précisément cette destination d'assurer l'existence du conjoint survivant, et l'on autorise un cumul qui diminue considérablement le droit des héritiers. Cette difficulté, comme la précédente, ne pourra être résolue que par des explications très-précises dans le contrat de mariage.

Les dispositions des contrats de mariage sur ce point pourront encore donner lieu à d'autres discussions. Si le contrat de mariage s'en réfère à la loi pour régler les droits du conjoint survivant, ou s'il reproduit les termes mêmes de la loi, deux solutions seront possibles d'après les circonstances : ou bien les parties auront voulu donner au droit qu'elles instituent le caractère du droit légal lui-même, et lui attribuer la même nature facultative et révocable, avec la caducité en cas de second mariage; ou, au contraire, elles auront voulu faire une véritable libéralité, égale en quotité au bénéfice de la loi, mais définitive et irrévocable, subsistant même en cas de second mariage, et ne pouvant être atteinte que par suite de séparation de corps ou d'ingratitude. Les contrats de mariage, sans doute, pourront s'expliquer sur ce point. Mais la nécessité même d'indiquer clairement le caractère de la stipulation mettra les époux en demeure d'opter entre le droit révocable ou irrévocable ; ils n'oseront guère refuser l'irrévocabilité, à un moment où pourtant la libéralité ne saurait avoir sa cause définitive.

XII

On ne saurait méconnaître le soin scrupuleux avec lequel a été élaboré le projet voté par le Sénat. Reprenant une tradition trop longtemps oubliée, le gouvernement avait provoqué sur ce sujet les observations des Cours d'appel et des Facultés de droit ; de nombreux travaux dans la doctrine

Digitized by Google

avaient éclairé les diverses solutions possibles; enfin les études d'une commission de jurisconsultes éminents et une discussion publique féconde en aperçus ingénieux ou élevés ont préparé le vote.

Pourtant, il est facile de prévoir que l'application de cette loi, si elle est définitivement adoptée, donnera lieu non-seulement à des difficultés de fait, mais aussi à des controverses juridiques, surtout quand il s'agira de combiner le droit de survie avec le droit des divers héritiers, des donataires ou légataires.

Les biens donnés ou légués à des tiers par le conjoint prédécédé ne seront pas compris dans la masse sur laquelle s'exercera l'usufruit du conjoint prédécédé; les libéralités faites à des successibles seront au contraire imputées par eux sur le montant de leurs droits, et par suite compteront dans la masse. Mais en sera-t-il encore ainsi quand ces libéralités auront été faites par préciput?

Quand l'époux survivant aura reçu des libéralités en pleine propriété, sur quelles bases se fera l'évaluation de cette propriété par rapport à l'usufruit, pour établir la mesure de l'imputation?

Si le défunt a laissé des enfants, mais que ces enfants viennent eux-mêmes à mourir, le conjoint survivant qui se remariera ensuite perdra-t-il encore son droit d'usufruit?

Dans le cas du retour légal de l'article 747, les biens soumis au retour, sur lesquels ne devra pas porter l'usufruit, seront-ils néanmoins compris dans la masse comme biens de la succession, pour former l'ensemble sur la moitié duquel doit porter l'usufruit?

Enfin, comment l'usufruit du conjoint survivant se combinera-t-il avec l'usufruit réservé aux père ou mère dans l'hypothèse de l'article 754?

Sur cette dernière question le projet de loi contient dans son § 7 une disposition fort obscure.

Si l'on s'en tient au reste du projet, on arrive à une combinaison singulière. L'hypothèse est celle-ci : une personne meurt, laissant son père ou sa mère, des collatéraux autres que des frères et sœurs dans l'autre ligne, et son conjoint. D'après le Code civil, le père ou la mère prend la moitié de la succession; de plus, il a droit à l'usufruit du tiers de l'autre moitié attribué aux collatéraux; le conjoint n'a pas

Digitized by Google

de droit légal. D'après le nouveau projet, en laissant de côté le § 7, la dévolution en propriété a lieu de la même façon : moitié pour le père ou la mère, moitié pour les collatéraux. Mais l'époux survivant doit prendre la moitié de l'usufruit sur la part du père ou de la mère, et moitié sur la part des collatéraux; le père ou la mère conservent l'usufruit du tiers de cette autre part. Les droits des parties sur l'ensemble de la succession sont donc ainsi réglés : l'époux survivant a la moitié du tout en usufruit; le père ou la mère a le quart en pleine propriété, le quart en nue propriété, et le sixième en usufruit; les autres collatéraux ont un douzième en pleine propriété, et cinq douzièmes en nue propriété, avec des usufruitiers différents, le conjoint pour trois, le père ou la mère pour deux de ces cinq douzièmes.

Ce morcellement du droit est en soi assez bizarre. Mais le § 7 du projet ajoute : « Dans le cas prévu par l'article 754, l'usufruit du père ou de la mère survivant ne s'exercera qu'après celui du conjoint. »

Quel est le sens précis de cette disposition? Veut-on exprimer simplement l'idée que le droit du père ou de la mère ne préjudiciera pas à celui du conjoint, et devra lui laisser son effet entier? Alors la disposition est à la fois inutile et mal conçue; puisque les deux droits peuvent s'exercer sur l'entier, sans subir ni l'un ni l'autre aucune réduction, il n'y a pas depréférence à établir entre eux.

Entend-on par là que le père ou la mère n'aura droit à son tiers en usufruit que sur ce qui restera après prélèvement de la moitié attribuée au conjoint dans la part des collatéraux? Ce serait réduire l'usufruit de l'ascendant à un douzième de la succession. A-t-on pensé que l'usufruit du père ou de la mère ne doit s'ouvrir qu'après le décès ou la déchéance du conjoint survivant? Cette interprétation cadre avec les termes de la loi et ne rend pas sa disposition inutile; mais autant vaudrait alors supprimer le droit d'usufruit des père ou mère : s'ils ont eu le malheur de survivre à leur enfant, ils survivront très-rarement à son conjoint.

L'attribution d'un droit d'usufruit au conjoint en présence d'ascendants présente d'ailleurs dans tous les cas quelque chose de choquant; c'est à des vieillards qu'on réserve une nue propriété sur les biens de leurs enfants, dont ils ne peuvent tirer profit qu'en la vendant. Si ce résultat peut suggérer

Digitized by Google

la pensée d'une modification, ce serait celle de la suppression de l'article 1094, dans la partie qui permet de donner à son conjoint l'usufruit de la réserve des ascendants.

Nous n'insisterons pas davantage sur ces points de détail : quelques difficultés d'application, quelques anomalies partielles ne seraient pas une raison pour rejeter un principe bon en lui-même.

Mais si nous considérons surtout le projet dans son ensemble, nous trouvons qu'il ne répond pas à une nécessité générale et démontrée.

On avait songé tout d'abord à créer au profit du conjoint un droit héréditaire; quelques-uns avaient même entendu lui donner le caractère inviolable d'une réserve. En examinant de plus près, on a reconnu que le conjoint ne devait pas prendre place parmi les héritiers, et par une sorte de compromis, on l'a institué usufruitier. Après avoir proclamé que dans l'ordre des affections, qu'on présentait comme la base du droit successoral, l'époux occupait un des premiers rangs, on a cependant maintenu en concours avec lui les parents les plus éloignés : on a reculé devant la logique de la réforme annoncée.

Peut-être vaut-il mieux reconnaître que l'appréciation des droits du conjoint relève de la libre volonté de celui qui a vécu avec lui : cette affection conjugale, qu'on présente d'un côté comme si vive, de l'autre comme si négligente, est à elle-même son propre juge et son premier mobile. Les législateurs du Code civil, qui ne sont intervenus que pour limiter les libéralités excessives inspirées par cette affection, et qui en même temps n'ont pas cru qu'elle dût nécessairement se manifester par des avantages pécuniaires, l'ont, à notre avis, mieux jugée et honorée davantage.

Le plus sage est de conserver nos lois et de laisser faire la liberté.

LÉOPOLD THÉZARD.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

CONFÉRENCES SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF (tome III),

Par M. Léon Aucoc, président de section au Conseil d'État[1].

Compte rendu par M. Charles Lyon-Caen,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

M. Aucoc a fait pendant plusieurs années des conférences de droit administratif à l'École des ponts et chaussées. Elles ont eu auprès des auditeurs un grand succès; mais ceux qui les avaient suivies étaient peu nombreux. Aussi beaucoup de personnes souhaitaient que ces conférences fussent publiées. M. Aucoc satisfait leur légitime désir. C'est là l'origine du remarquable ouvrage dont le troisième volume a paru il y a quelques mois (novembre 1876). Ce volume est consacré à deux importantes parties *de la grande voirie, aux routes de terre* (routes nationales, départementales, ponts, bacs) *et aux chemins de fer.*

L'auteur étudie sous toutes ses faces la législation relative aux grandes routes; il traite dans cinq chapitres successifs *du régime des grandes routes, du régime des propriétés riveraines, de la police de la conservation des routes, de la police du roulage, de la répression des contraventions de grande voirie.* On retrouve dans cette première partie du troisième volume la clarté, la précision, la science sérieuse qui déjà avaient particulièrement signalé à l'attention des jurisconsultes les deux premiers volumes; mais c'est à la seconde partie du troisième volume relative aux chemins de fer que M. Aucoc paraît avoir donné plus spécialement ses soins. La difficulté du sujet, son importance, sa nouveauté sont autant de causes qui expliquent l'attention toute spéciale que l'auteur lui a donnée et les développements considérables qu'il lui a consacrés. L'étude de la législation des chemins de fer remplit environ 500 pages (de la page 228 à la page 697). Encore importe-t-il de remarquer, pour bien apprécier la richesse des

[1] Paris, 1876, Dunod, éditeur, 49, quai des Augustins.

Digitized by Google

développements, que l'auteur n'a pas examiné toute la législation sur les voies ferrées. Dans un traité de droit administratif, il devait naturellemant ne s'occuper que de la partie des lois sur les chemins de fer qui se relient à cette branche du droit et laisser au contraire de côté la partie de ces lois qui se rattachent au droit commercial. On trouve par suite dans le livre de M. Aucoc l'exposé complet de tous les principes qui régissent les rapports des compagnies avec l'État, les départements, les communes et les différentes administrations publiques ; mais il passe avec raison sous silence les règles concernant les rapports des compagnies avec les particuliers, en tant du moins que dans ces rapports l'administration n'intervient point. C'est ainsi qu'il ne parle pas de la responsabilité des compagnies dans les transports de marchandises ou de personnes, mais qu'il s'occupe longuement des tarifs, surtout au point de vue du droit d'homologation qui appartient en cette matière soit au ministre des travaux publics, soit aux préfets.

La division générale correspond à la distinction que, depuis la loi du 12 juillet 1865, fait notre législation entre trois espèces de chemins de fer. Dans trois chapitres, il est traité successivement *des chemins de fer d'intérêt général*, *des chemins de fer d'intérêt local* et *des chemins de fer industriels*. Enfin un quatrième chapitre est relatif à une nouvelle sorte de lignes ferrées, *aux chemins de fer sur routes ou tramways*.

Le chapitre consacré aux chemins de fer d'intérêt général est de beaucoup le plus étendu. Cela s'explique par plusieurs raisons. Les lois sur cette première sorte de chemins de fer sont bien plus nombreuses que celles qui concernent les deux autres espèces ; en outre, elles forment en quelque sorte le droit commun qui s'applique à tous les chemins de fer sauf dérogation. Ce chapitre s'ouvre par une sorte d'introduction historique ; c'est une histoire succincte mais complète et tracée de main de maître du développement du réseau des chemins de fer d'intérêt général en France depuis 1823, date de la première concession, jusqu'en 1876. L'auteur a eu le grand mérite de comprendre que sans la connaissance des principaux faits qui ont signalé le développement du réseau, l'intelligence de plusieurs parties de notre législation sur les voies ferrées est fort difficile. Il s'est attaché surtout à indiquer à grands traits les moyens employés pour l'établisse-

Digitized by Google

ment du réseau national, la part prise à cette grande œuvre par l'État et celle qui a été laissée à l'industrie privée. Cet historique se termine par un examen critique du système qui a prévalu en France, c'est-à-dire de la constitution d'un monopole de fait au profit des concessionnaires et de la création des grandes compagnies. En passant, l'auteur donne quelques intéressantes indications sur les résultats qu'a eus le système de la concurrence en Grande-Bretagne et dans les États-Unis d'Amérique. Ces résultats viennent fortifier la conclusion qui est favorable au système français. Au surplus, cette partie législative du livre n'a qu'une importance secondaire ; le but de M. Aucoc a été moins de juger la législation française que de l'exposer. On ne saurait, à nos yeux, assez le remercier d'être resté fidèle à ce but; s'il y a en France bien des personnes qui critiquent notre législation sur les chemins de fer, il y en a en revanche fort peu qui la connaissent. Le livre du savant auteur rendra un grand service en diminuant le nombre trop grand de ces derniers. Relativement à cette magistrale introduction historique, nous n'aurons qu'une critique à faire. L'auteur a traité séparément, dans le chapitre des chemins de fer d'intérêt général et dans celui des chemins de fer d'intérêt local, de l'histoire, du développement de chacune de ces sortes de lignes ferrées. Il eût été bien préférable, à notre sens, qu'une seule introduction historique fût consacrée aux deux espèces de chemins de fer. La méthode suivie sur ce point par M. Aucoc a le grave inconvénient de scinder artificiellement deux parties d'un seul tout, l'histoire du développement du réseau français.

Cette introduction est suivie de l'étude de la législation actuelle. Quelles sont les autorités compétentes pour fair les concessions ? Quelle est la composition du capital des compagnies? N'y a-t-il pas disproportion entre leur capital-actions et leur capital-obligations ? A quels abus cela a-t-il donné lieu ? Quels sont les moyens employés ou proposés en France et dans les principaux pays étrangers pour les empêcher ? Quels sont les effets des concessions, quelles sont leurs formes (concessions de gré à gré et par voie d'adjudication), quelle est leur durée et quelles sont les causes diverses (rachat, déchéance, etc.) qui y mettent fin ? Voilà les principales questions qui sont tout d'abord étudiées dans tous leurs détails. Puis l'auteur passe à l'exposé des moyens

Digitized by Google

financiers employés pour la création des lignes d'intérêt général, il examine spécialement les diverses formes qu'a revêtues le concours financier de l'État, prêts, subventions en nature, subventions en argent, garanties d'intérêt. Le système de la garantie d'intérêt appliqué en vertu des conventions de 1859 aux six grandes compagnies a une énorme importance au point de vue de leurs rapports avec l'État. Il est étudié en lui-même et dans ses résultats. Cette étude est incontestablement une des parties les plus remarquables du livre. Le système de la garantie d'intérêts a eu, comme le constate fort bien M. Aucoc, de très-bons effets au point de vue du crédit des grandes compagnies et par suite de la construction du second réseau ; mais on ne saurait nier qu'il ne se recommande pas par sa simplicité. Ses complications sont telles qu'on n'a pas craint d'affirmer à la tribune qu'aucune règle fixe ne peut guider les commissions de vérification dans l'examen des comptes que les compagnies leur soumettent pour l'application de ce système et de la clause du partage des bénéfices. M. Aucoc a jeté sur les conventions financières des compagnies avec l'État une grande lumière ; personne jusqu'ici n'était parvenu à en exposer les bases avec autant de clarté et de précision [1].

Après avoir traité ce côté financier si intéressant de la législation sur les chemins de fer, l'auteur examine tout ce qui concerne le classement des lignes ferrées dans le domaine public et arrive aux règles sur l'exécution des travaux, sur l'exploitation et sur la police. A propos de l'exploitation commerciale, ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut, l'auteur s'attache aux règles de notre législation sur les tarifs ; il s'efforce de déterminer les limites des pouvoirs de l'administration en matière d'homologation. Les principes sur ce dernier point, qui a été l'objet de tant de difficultés, sont ex-

[1] Cette excellente partie du livre de M. Aucoc avait été (sauf quelques additions et modifications) publiée dans la *Revue* (1874, p. 738 et suiv.), sous ce titre : *Des procédés employés pour constituer le réseau des chemins de fer français et en particulier des conventions relatives à la garantie d'intérêt et au partage des bénéfices.* Cette étude, tirée à part, a eu un légitime succès non-seulement en France, mais encore à l'étranger. Le directeur général des chemins de fer autrichiens, M. Nördling, en a donné une traduction complète et très-exacte sous le titre suivant traduit du titre français : *Uber die zur Entwickelung des französischen Eisenbuhaen-Netzes angewendeten Mittel*, etc...

Digitized by Google

posés avec une fermeté fort remarquable. M. Aucoc nous indique très-bien que l'initiative en matière de tarifs appartient aux compagnies seules. Il ne tombe point dans l'erreur à laquelle récemment se laissait entraîner, dans un discours d'ailleurs excellent, M. le ministre des travaux publics Christophle, quand il disait dans la séance de la Chambre des députés du 21 mars dernier :

« Le ministre peut d'office, au moment où une homologa-
« tion lui est demandée, de son autorité propre, modifier
« lui-même le tarif et il peut dire à la compagnie : Ce tarif
« ne me convient pas, voilà la modification que j'y apporte. »

M. Aucoc (p. 523 et 524), partant de l'idée selon laquelle l'initiative des modifications de tarifs appartient aux compagnies, réserve avec raison à celles-ci la faculté de retirer leurs propositions, lorsque le ministre déclare qu'il ne les homologuera qu'autant qu'elles recevront des modifications.

Les contestations relatives aux lois sur les chemins de fer sont fréquentes et engendrent souvent de délicates questions de compétence. Pour examiner ces questions, l'auteur a suivi une méthode fort simple, mais qui mérite d'être signalée à raison des facilités très-grandes qu'elle donne pour les études ou les recherches. Toutes les questions de compétence ne sont pas réunies et examinées dans un ordre plus ou moins rationnel ; c'est, après avoir traité chaque partie de la matière, que l'auteur aborde l'examen des questions de compétence qui s'y rattachent. Ainsi, après l'exposé des règles sur l'exécution des travaux, vient l'examen des questions de compétence que font naître les procès relatifs à ces travaux (nos 1404 à 1415), après l'exposé des règles de l'exploitation commerciale, l'examen des nombreuses questions de compétence qu'elle engendre, notamment à raison du caractère administratif des tarifs, etc. (nos 1498 à 1513). Les paragraphes consacrés à la compétence sont, comme doivent bien le faire supposer les connaissances profondes de M. Aucoc en matière de contentieux administratif, des meilleurs de l'ouvrage. Il serait difficile d'y trouver des lacunes. Nous croyons cependant pouvoir en signaler une de quelque importance. Il est bien certain que les tarifs constituent des actes administratifs à raison de l'homologation dont ils sont revêtus, et que, par suite, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent pas les annuler. L'auteur ne manque pas sans

Digitized by Google

doute de l'indiquer; mais faut-il conclure de là qu'à l'occasion des procès portés devant eux, les tribunaux ordinaires ne peuvent pas refuser l'application d'un tarif à raison de ce qu'il contient des clauses contraires à des principes de droit auxquels il ne peut être dérogé? Sur cette seconde question notre livre est muet. Elle ne se confond cependant nullement avec la première, et nous serions fort tenté, comme le faisait la Cour de cassation au moins jusqu'en ces dernières années [1], de la trancher affirmativement. Il serait vraiment exorbitant qu'un ministre, même un simple préfet (pour les chemins d'intérêt local), pût donner force obligatoire à des tarifs contenant des clauses illégales! Il doit y avoir ici quelque chose d'analogue à ce qui a lieu pour les règlements de police; les tribunaux ordinaires ne peuvent pas assurément les annuler; ils peuvent, ils doivent même n'appliquer aucune peine à ceux qui y contreviennent, quand ces arrêtés sont illégalement rendus (art. 471, § 15, C. pén.). Quoi qu'il en soit, la question peut sembler délicate; elle a été touchée par beaucoup de jurisconsultes; l'opinion de M. Aucoc sur elle eût été précieuse à connaître.

Dans le second et dans le troisième chapitre, l'auteur a suivi, pour les chemins de fer d'intérêt local et industriels, les divisions principales adoptées par lui dans le chapitre précédent. Deux questions capitales nous paraissent avoir surtout été élucidées à propos des chemins d'intérêt local. L'une est relative aux conflits que la loi du 10 août 1871 a fait naître entre le pouvoir central et les conseils généraux; l'autre, qui se relie quelque peu à la précédente, peut être ainsi formulée : A quels caractères distinctifs doit-on s'attacher pour déterminer si un chemin de fer est d'intérêt général ou d'intérêt local? Avec grande raison, M. Aucoc n'admet point qu'il y ait sur ce point de principe absolu; mais, en nous donnant de nombreux avis du Conseil d'État, défavorables à la déclaration d'utilité publique comme chemins d'intérêt général de lignes concédées par des conseils généraux, l'au-

[1] Dans un récent arrêt rendu relativement à la valeur et aux effets des tarifs spéciaux avec clause de non-responsabilité, la Cour de cassation paraît admettre que l'homologation administrative rend obligatoires même les clauses illégales de façon que les tribunaux ordinaires doivent les appliquer nécessairement (arrêt du 4 février 1874, ch. civ. rej., Sirey, 1re partie, 1874, p, 273).

Digitized by Google

teur fait apercevoir quelles sont les circonstances principales auxquelles on doit s'attacher pour résoudre la difficulté.

Malgré la haute valeur de ce livre, il serait possible assurément d'y signaler quelques taches. Elles sont en général tellement légères, qu'elles ne valent guère la peine d'être mentionnées. Toutefois nous croyons devoir relever un défaut qui, selon nous, est la source d'inexactitudes de diverses sortes peu nombreuses du reste. L'auteur a eu la préoccupation excellente de faire, avant tout, connaître ce qui est, il s'attache donc à indiquer parfaitement la jurisprudence et la pratique administrative; mais peut-être a-t-il parfois exagéré cette préoccupation et a-t-il quelque peu négligé de remonter aux principes qui expliquent les décisions de nos diverses juridictions et les pratiques de l'administration. Aussi qu'arrive-t-il quelquefois? L'auteur nous présente comme certaines des solutions douteuses, ou (ce qui est plus grave) donne comme ayant une portée générale des solutions qui ne constituent en réalité que des décisions d'espèce. Nous ne voulons pas formuler ces critiques sans produire au moins à l'appui quelques faits.

Une compagnie peut céder sa concession de façon à faire passer ses droits et ses obligations à son cessionnaire; mais a-t-elle pleine liberté à cet égard? M. Aucoc pose la question en ces termes (§ 1263) : l'autorisation du *gouvernement* est-elle nécessaire pour valider la transmission? Il indique des arrêts et des avis du Conseil d'État qui ont admis l'affirmative, et lui-même appuie cette doctrine de sa puissante autorité. Cette opinion est cependant inadmissible dans les termes absolus dans lesquels l'auteur l'a formulée. La cession d'une concession étant en réalité une concession nouvelle, ne doit pouvoir être faite qu'avec l'autorisation du pouvoir compétent pour faire la concession elle-même. Ainsi donc, pour les chemins de fer d'intérêt général, c'est en principe une loi qui doit autoriser la cession; pour les chemins d'intérêt local ou pour les chemins d'intérêt général d'embranchement de moins de 20 kilomètres, un décret suffit en principe[1]. La règle étant la

[1] Nous disons *en principe;* car il peut se faire qu'une loi soit exceptionnellement nécessaire pour autoriser la cession d'une concession de cette sorte. C'est ce qui a lieu lorsque la cession est faite à une compagnie à laquelle l'État a accordé une garantie d'intérêt. Une cession de ce genre peut alors augmenter les charges de l'État soit directement si les lignes cédées

Digitized by Google

nécessité d'une loi, comment se fait-il que M. Aucoc paraisse poser en thèse que le gouvernement peut toujours autoriser les cessions des concessions? C'est que les arrêts ou les avis du Conseil d'État n'ont visé que l'autorisation du gouvernement, et M. Aucoc, les prenant tels quels, n'a pas aperçu que, s'ils n'ont pas parlé de la nécessité d'une loi, c'est qu'ils sont relatifs à des chemins d'intérêt local, ou qu'ils ont été rendus sous l'empire du sénatus-consulte du 25 décembre 1852 qui se contentait d'un décret pour toutes les concessions de chemins de fer.

Quand un non-commerçant fait transporter par chemin de fer des marchandises, les actions en responsabilité pour perte, avaries, retard doivent-elles être portées devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil? M. Aucoc nous dit que le demandeur a le choix. Il est vrai que cette option est admise par la jurisprudence; mais l'existence d'une jurisprudence ne suffit pas pour que, dans un livre de droit, on indique une solution comme certaine, il faut encore qu'elle ne soit pas l'objet de contradictions et de critiques nombreuses. Ce n'est pas le cas de la solution indiquée par notre auteur. Bon nombre de jurisconsultes et, pour notre compte, nous approuvons entièrement leur doctrine, estiment qu'une compagnie ne peut être, dans l'hypothèse, actionnée que devant le tribunal de commerce. C'est, en effet, d'après les principes généraux, la nature civile ou commerciale d'un acte à l'égard du défendeur qui sert à déterminer si les contestations relatives à cet acte sont de la compétence des tribunaux civils ou de commerce. Or, à l'égard d'une compagnie, le contrat de transport est un acte de commerce.

Nous nous bornerons à indiquer ces deux faits à l'appui de notre critique générale. Nous y ajouterons un regret. M. Aucoc cite un grand nombre de rapports faits aux Chambres, d'exposés de motifs, de projets de lois; mais il se borne au plus à mentionner la date des dépôts de ces documents; si le lecteur, désireux de vérifier et de compléter les indica-

entrent dans le réseau garanti, soit indirectement en permettant à la compagnie cessionnaire des détournements de trafic. Il est nécessaire alors qu'une loi intervienne pour sauvegarder les intérêts de l'État. (Voyez, du reste, *Journal officiel* du 13 mars 1877; séance de la Chambre des députés; réponse de M. Christophle à une interpellation de M. Wilson.)

Digitized by Google

tions du livre, veut consulter ces différents actes, il lui est fort difficile d'y recourir; il serait à désirer que, dans une édition nouvelle, l'auteur prît le soin de mentionner les numéros du *Journal officiel* dans lesquels ils se trouvent. La même observation s'applique aux indications statistiques que l'auteur ne manque pas de donner fréquemment. Où les a-t-il puisées? Il serait d'autant plus utile de l'indiquer que parfois les chiffres donnés par M. Aucoc sont en désaccord avec les chiffres de la statistique officielle publiée par le ministère des travaux publics.

Au surplus, tout cela n'est que bien secondaire et, si nous avons tenu à ne pas passer sous silence des critiques que le lecteur trouvera peut-être d'une sévérité exagérée, c'est pour mieux montrer la conviction sincère qui nous anime, quand nous disons que la partie du troisième volume, dont nous avons principalement parlé, est un traité complet de la législation des chemins de fer, digne de la réputation de l'auteur et qui rendra les plus grands services aux ingénieurs, aux jurisconsultes, aux avocats, aux magistrats, à tous ceux qui ont à s'occuper des lois relatives aux voies ferrées.

CH. LYON-CAEN.

L'HYPOTHÈQUE MARITIME

AU POINT DE VUE THÉORIQUE ET PRATIQUE

Avec introduction concernant le crédit maritime en France avant la loi du 10 décembre 1874 et suivie d'annexes comprenant, entre autres documents, les modèles des registres hypothécaires, les formules de l'administration et certains contrats d'hypothèque maritime usités à l'étranger,

Par M. E. MALLET, avocat à la Cour d'appel, docteur en droit[1].

Compte rendu par M. F. L. DE VALROGER,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

On ne peut plus aujourd'hui, malheureusement, contester les souffrances de notre marine marchande qui, déjà tombée au sixième rang, est menacée de tomber plus bas encore. Pour remédier au mal, bien des réformes ont été demandées: plusieurs touchent à notre Code de commerce. Dans le

[1] Paris, in-8°. Éditeurs, Marchal, Billard et C°.

Digitized by Google

livre II, consacré au droit maritime, le Code n'a guère fait que reproduire l'ordonnance de 1681 : rien d'étonnant à ce que ces dispositions ne soient pas en harmonie avec les besoins nouveaux qui se sont produits par suite de la transformation de toutes choses.

Les idées économiques qui prévalurent sous le second Empire firent passer notre marine marchande du régime de la protection à celui de la libre concurrence. On s'obligeait par là même à entrer dans la voie des réformes. Dès 1866, un projet fut rédigé pour la révision complète du livre II du Code de commerce. C'est de ce projet qu'a été détaché, sous notre dernière assemblée, la loi du 10 décembre 1874 étendant aux navires le régime hypothécaire. D'autres réformes doivent suivre. Une autre proposition de la loi qui vient d'être adoptée en première lecture par le Sénat, modifie les articles 258 et 259 sur la perte des loyers en cas de naufrage, statue sur les frais de rapatriement, et étend le cercle de l'assurance en l'appliquant au fret et au profit espéré.

La loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, a déjà donné lieu à plusieurs traités : aucun ne nous a paru aussi complet que celui qui vient d'être publié par M. Mallet.

Aujourd'hui plus que jamais notre marine a besoin de grands capitaux. Tout se centralise : le succès est aux grands navires comme aux grandes industries. Notre Code, en déclarant les navires meubles, ne permettait de les affecter qu'à des emprunts à la grosse, mode souvent ruineux. Il était urgent de trouver un nouveau moyen de crédit. M. Mallet passe en revue et compare les divers systèmes qui ont été proposés. Il justifie la préférence donnée à l'hypothèque maritime. Ainsi que le fait très-bien remarquer M. Mallet, l'hypothèque appliquée aux navires n'est pas chez nous sans précédents, et un système analogue existe dans les législations étrangères. M. Mallet nous fait parfaitement connaître ces législations qu'il nous expose jusque dans leurs détails. On voit qu'il a voulu se rendre compte de tout, se mettant au besoin en rapport avec les consuls et les ambassades.

A peine la loi du 10 décembre 1874 était-elle entrée en vigueur qu'on en demandait déjà la révision, et un projet a été déposé dans ce but le 16 juin 1876 par M. Le Cesne, député de la Seine-Inférieure. M. Mallet repousse la plupart des critiques dont la loi a été l'objet.

Digitized by Google

Le projet de 1866 n'admettait d'emprunt hypothécaire que de la part des propriétaires représentant au moins la moitié de la propriété du navire. La loi nouvelle reconnaît à chaque copropriétaire le droit d'hypothéquer sa part, quelle qu'elle soit. M. Mallet défend cette disposition contre M. Le Cesne, qui voudrait réserver à l'armateur seul le droit d'hypothéquer le navire. Il fait remarquer, avec raison, que chaque copropriétaire étant obligé de contribuer aux frais de l'armement, il est de toute justice de lui en réserver les moyens. Il regrette seulement qu'il n'ait point été écrit dans la loi que les fonds provenant de l'emprunt devraient être employés pour les besoins de l'armement. Faut-il s'associer à cette idée? Le prêteur à la grosse qui fournit des fonds au capitaine pour les besoins du navire n'est pas tenu de surveiller l'emploi des fonds : pourquoi en faire une obligation au créancier hypothécaire?

En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers hypothécaires s'exercent de plein droit sur le produit des assurances faites par l'emprunteur pour le navire hypothéqué. L'inscription de l'hypothèque vaut opposition au payement de l'indemnité d'assurance. Voilà encore une disposition qui a été fort attaquée. Les assureurs, préoccupés des difficultés qu'elle pourrait apporter au payement de l'indemnité, l'ont déclarée impraticable. On a cru un moment qu'ils se refuseraient à assurer tout navire hypothéqué, ce qui eût mis la loi à néant. Depuis, ils se sont radoucis : ils se bornent maintenant à exiger qu'on leur déclare les hypothèques grevant le navire au moment de la signature de la police, et que pendant la durée des risques on ne fasse aucun emprunt hypothécaire sans leur consentement. Espérons avec M. Mallet que les assurances sauront s'accommoder aux dispositions de la loi nouvelle.

La loi a organisé la publicité des hypothèques au moyen d'une double formalité : 1° une inscription prise sur un registre tenu par le receveur des douanes au port d'attache du navire; 2° une mention de cette inscription au dos de l'acte de francisation du navire. Afin de pourvoir aux dépenses qui pourraient devenir nécessaires dans le cours du voyage, l'armateur peut, au départ, hypothéquer éventuellement le navire pour une somme de..... Il suffit alors, pour réaliser l'emprunt hypothécaire, d'en faire mention sur l'acte

Digitized by Google

de francisation, sauf à régulariser plus tard l'inscription au port d'attache. Le projet déposé par M. Le Cesne supprime ces hypothèques éventuelles comme inutiles. Il supprime également toute mention des hypothèques sur l'acte de francisation. M. Le Cesne ne veut pas que le capitaine soit ainsi mis dans le secret de l'armateur, et que le crédit de ce dernier puisse se trouver compromis par un acte qui voyage avec le navire. M. Mallet examine de près ces critiques et en fait justice.

L'inscription est périmée par trois ans, à partir de sa date. M. Mallet constate les difficultés auxquelles peut donner lieu le renouvellement; mais il combat le projet de M. Le Cesne qui propose de dispenser de renouvellement l'inscription de l'hypothèque.

M. Mallet s'associe au contraire à M. Le Cesne pour demander en faveur des emprunts hypothécaires maritimes la liberté du taux de l'intérêt. En l'absence de toute convention, M. Le Cesne fixe le taux à 7 1/2 p. 100. On ne saurait perdre de vue qu'un navire est toujours un gage fragile et qu'ici la loi commune ne peut être applicable.

Après beaucoup d'hésitations, c'est aux receveurs des domaines qu'on a confié l'exécution de la loi nouvelle et la tenue des registres hypothécaires. On les a asujettis à un cautionnement. M. Mallet trouve cette garantie insuffisante pour les tiers et voudrait que l'État fût lui-même responsable de ses agents. Peut-être M. Mallet se laisse-t-il entraîner trop loin par le désir de fortifier le crédit maritime. Je ne vois ici aucune raison pour déroger aux règles tracées par le droit civil en matière hypothécaire et entrer dans une voie nouvelle qui serait pleine de périls.

L'auteur n'a pas négligé la partie fiscale de la loi : il nous indique en détail toutes les perceptions auxquelles elle peut donner lieu.

Il a tenu aussi à nous en montrer la vivante application en reproduisant *in extenso*, sous forme d'annexes, toutes les formules, tous les modèles de registres dont se sert l'administration. On voit que l'auteur n'a pas voulu seulement faire un ouvrage de théorie à l'usage des jurisconsultes; il a réussi à faire en même temps un excellent manuel pratique pour tous ceux qui auront à mettre la loi nouvelle en application.

Quels seront les résultats de cette loi sur l'hypothèque

Digitized by Google

maritime? Il est assez difficile de le dire dès à présent. M. Mallet constate que depuis le 1er mai 1875, jour de l'entrée en vigueur de la loi, jusqu'au mois de juin 1876, il y a eu seulement 47 navires hypothéqués, dont 21 en 1875 et 26 en 1876; un seul a été hypothéqué en cours de voyage. Je crois avec M. Mallet que, pour faciliter les emprunts sur navire, il faudrait fonder un grand établissement de crédit maritime, les capitaux n'ayant pas chez nous, comme il le dit d'une façon pittoresque, le goût de la mer. Ne nous faisons pas au reste d'illusions; M. Mallet qui voit les choses avec sang-froid et ne se laisse pas éprendre de son sujet, a bien raison de nous dire qu'il ne faut pas voir dans l'hypothèque maritime une panacée capable de guérir toutes les souffrances de notre malheureuse marine marchande.

L. DE VALROGER.

DU FONDEMENT DE LA PROTECTION POSSESSOIRE,

Par M. Ihering.

Traduction de M. de Meulenaere, juge au tribunal de première instance à Bruges.

Compte rendu par M. Hanoteau, docteur en droit.

M. de Savigny a publié, au commencement de ce siècle, un traité sur la *Possession en droit romain* dont les doctrines ont été adoptées par la plupart des auteurs qui ont écrit depuis sur cette matière : il est peu d'ouvrages dont l'influence ait été aussi profonde sur l'enseignement. Ces doctrines viennent cependant de trouver dans M. Ihering, le savant professeur à l'Université de Gœttingen, un redoutable adversaire. La dissertation qu'il a écrite pour les réfuter a paru pour la première fois à Iéna en 1868 : elle a été récemment traduite en français par M. de Meulenaere, juge au tribunal de première instance de Bruges, qui lui a donné dans sa traduction, le titre suivant : *Du fondement de la protection possessoire. — Révision de la théorie de la possession.*

Ce n'est pas seulement sur quelques points de détails que M. Ihering se trouve en contradiction avec M. de Savigny; il s'attaque aux fondements mêmes de sa théorie et annonce qu'il développera, dans une série de dissertations, les motifs

Digitized by Google

de ses opinions. Dans l'ouvrage que nous venons de citer, il se borne à traiter du fondement de la protection possessoire; il examine la question de savoir pourquoi la possession est protégée et montre les conséquences qui découlent de la solution qu'il donne.

Tout le monde reconnaît que la possession doit être protégée. Mais comment justifier cette protection qui s'étend même aux voleurs, car les voleurs possèdent les choses qu'ils ont volées? Les jurisconsultes romains, M. Ihering le reconnaît, n'avaient pas dû se poser souvent cette question: ils ne recherchaient guère la raison d'être des institutions, et ce que nous appelons la philosophie du droit leur était à peu près inconnu. Aussi ne devons-nous pas nous étonner de ne point voir cette difficulté résolue dans les textes. La question n'est cependant pas sans intérêt. Il est bien difficile en effet, si on la laisse sans réponse, de comprendre la théorie de la possession, de voir pourquoi la possession est accordée à certaines personnes tandis qu'elle est refusée à d'autres. Mais ce n'est pas tout. M. Ihering tire de la solution qu'il propose des conséquences importantes relativement aux difficultés qui s'élèvent sur le point de savoir comment s'acquiert la possession et comment elle se perd.

Avant d'exposer sa propre théorie, M. Ihering réfute les théories des auteurs qui l'ont précédé. Il divise ces théories en deux classes: d'un côté il place les théories relatives, de l'autre les théories absolues. D'après les théories relatives, c'est dans des institutions, dans des considérations, dans des préceptes juridiques étrangers à la possession qu'il faut chercher les motifs de la protection accordée à la possession. Les théories absolues, au contraire, croient qu'on protége la possession pour elle même.

Au premier rang des théories relatives, il faut placer celle de M. de Savigny. C'est à elle que M. Ihering s'attaque avec le plus d'acharnement. Elle peut se résumer ainsi: toute violence est injuste, la loi ne peut pas permettre qu'un état de fait soit troublé par la violence. En protégeant la possession, elle interdit la violence.

M. Ihering fait à cette théorie plusieurs objections. Si la loi, dit il, ne veut qu'interdire la violence, pourquoi refuser les interdits possessoires à celui qui détient une chose *alieno nomine?* La violence est-elle moins coupable quand elle est

Digitized by Google

dirigée contre lui que quand elle atteint un véritable possesseur? — M. de Savigny prévoyait cette objection : « De deux choses l'une : ou le détenteur est d'accord, ou il n'est pas d'accord avec le véritable possesseur. S'il est d'accord, les interdits du possesseur lui suffisent. Dans l'autre cas, il ne saurait user des interdits contre le gré du possesseur, car il violerait ainsi les conventions qu'il a faites avec ce dernier. » — Mais qu'importent les rapports du détenteur et du possesseur? ils ne font pas perdre à la violence son caractère.

Il y a des choses qui ne sont pas susceptibles de possession, il y a des personnes qui sont incapables de posséder. Voilà encore une règle inexplicable, si l'on adopte la théorie de M. de Savigny, car en troublant celui qui détient en fait une chose qui n'est pas susceptible de possession, on commet une injustice contre sa personne, et qu'on ne dise pas que ce détenteur n'a aucun intérêt à être protégé, car on pourrait faire le même raisonnement à l'égard du voleur qui a, cependant, les interdits possessoires.

Voici encore une objection très-forte qu'oppose M. Ihering à la théorie de M. de Savigny : le voleur n'a ni l'action *furti*, ni l'action *legis aquiliæ* (L. 12, § 1, D., 47, 2 ; L. 17, pr., D., 9, 2), et cependant il possède, il a les interdits possessoires pour recouvrer la possession qu'on lui a enlevée. Les interdits possessoires ne sont donc pas des actions fondées sur des délits. Un délit commis contre le voleur ne l'autorise pas à se plaindre.

Il y a encore d'autres théories relatives. M. Ihering les rejette toutes.

Il examine ensuite les théories absolues. La plus importante est celle de Gans. D'après Gans, la possession est une manifestation de la volonté, et c'est pour cela qu'elle doit être protégée. La volonté d'une personne juridiquement capable n'est pas toujours conforme au droit. Mais la loi doit néanmoins en tenir compte. A cela M. Ihering répond : Si c'est la volonté qu'on veut faire respecter en protégeant la possession, pourquoi le fils de famille, le simple détenteur d'une chose appartenant à autrui ne possèdent-ils pas?

M. Ihering est donc amené à énoncer sa propre théorie. La protection de la possession, dit-il, est un complément nécessaire de la protection de la propriété. On parle souvent de la preuve de la propriété ; on dit par exemple que

Digitized by Google

celui qui a fait un *mutuum* ayant pour objet de l'argent, doit prouver, quand il exerce la *condictio ex mutuo*, qu'il était propriétaire des écus prêtés. Mais quand on y regarde de près, on s'aperçoit bien vite qu'une pareille preuve est toujours fort difficile. M. Ihering pense que les textes qui exigent chez le prêteur, comme condition de la validité du *mutuum*, la propriété des choses prêtées, doivent s'entendre en ce sens que le défendeur à la *condictio* peut repousser la prétention du demandeur en prouvant que ce dernier ne l'a pas rendu propriétaire de ce qu'il lui a livré. Imposer l'obligation de prouver l'existence de la propriété toutes les fois que cette existence est nécessaire à la validité d'un acte juridique, c'eût été condamner, dans la plupart des cas, à des échecs certains, les réclamations les plus légitimes. La loi a donc dû tenir compte du fait et traiter comme propriétaire celui qui l'est en apparence. « Le possesseur est toujours propriétaire jusqu'à preuve contraire. » Rien de plus légitime que cette présomption, car presque tous les possesseurs sont propriétaires. On voit dès lors l'intérêt qu'a le possesseur à se faire maintenir en possession, et l'on comprend que la loi lui ait donné les moyens de conserver cette position avantageuse en créant les interdits possessoires. « La possession est une position avancée de la propriété. Ce n'est pas pour elle-même qu'elle est protégée, c'est en considération de la propriété. Dans la possession le propriétaire se défend contre les premières attaques portées contre son droit. » Mais le combat qui se livre sur ce terrain n'est pas le combat décisif. Dans les interdits possessoires, le débat ne peut pas porter sur la propriété, et plus tard celui qui a succombé dans l'interdit pourra intenter une action au pétitoire.

Maintenant cette protection qu'on accorde aux possesseurs qui sont en même temps propriétaires va profiter aux non-propriétaires. C'est une conséquence inévitable de principe. Puisque le possesseur est présumé jusqu'à preuve contraire propriétaire, le voleur va pouvoir se prévaloir de cette présomption. Mais qu'on le remarque bien, la loi n'a pas pour but de protéger les voleurs, elle veut protéger les propriétaires, elle leur facilite la preuve de leur propriété quand ils exercent en fait les droits de propriétaire; par cela même elle doit protéger les possesseurs qui ne sont pas propriétaires. Toute

Digitized by Google

institution présente des avantages et des inconvénients : il s'agit seulement de savoir si les avantages l'emportent sur les inconvénients : or, si l'on songe qu'en fait la propriété et la possession sont le plus souvent dans les mêmes mains, on reconnaîtra bien vite que la protection de la possession est nécessaire, dût-elle profiter à quelques voleurs.

Telle est, en résumé, l'opinion émise par M. Ihering. Après l'avoir exposée, il cherche à démontrer par des arguments puisés dans les textes, la corrélation intime qui existe entre la propriété et la possession.

C'est au fondement qu'il donne à la protection de la possession que M. Ihering rattache toutes les règles sur la possession. Il établit que là où il n'y a point de propriété possible il ne peut y avoir de possession; c'est ainsi qu'il explique comment on ne peut posséder les choses hors du commerce, comment les fils de famille sont incapables de posséder; il montre ensuite que là où il peut y avoir propriété, il peut y avoir possession.

C'est surtout à propos de l'acquisition et de la perte de la possession que M. Ihering tire des conséquences importantes de sa théorie. Pour lui la possession est la forme extérieure de la propriété, il faut voir comment le propriétaire exerce en fait son droit de propriété, et l'on aura un *criterium* permettant de reconnaître si la possession existe. D'après M. de Savigny, l'acquisition de la possession suppose l'appréhension ou la possibilité de l'appréhension de la chose; il faut qu'une action immédiate sur la chose soit possible. Mais, répond M. Ihering, y a-t-il possibilité d'une action immédiate, quand on a déposé chez moi, en mon absence, et sans qu'aucun de mes gens les ait vues, des marchandises? Et cependant j'en suis possesseur (L. 18, § 2, D., 41, 2). Je suis possesseur du gibier pris dans mes piéges, quel que soit l'endroit où ces piéges ont été posés (L. 55, D., 41, 1). Quand un essaim d'abeilles qui ne m'appartient pas a formé des rayons sur mon arbre, tout individu peut les posséder *sine furto*, je n'en suis donc pas possesseur, et cependant une action physique immédiate est possible sur eux de ma part.

La théorie de M. de Savigny sur la perte de la possession ne semble pas moins contestable à M. Ihering. La possession est perdue quand on ne peut plus reproduire l'état originaire, dit M. de Savigny. M. Ihering répond que la possession des

Digitized by Google

saltus hiberni continue pendant l'été, quoique l'état originaire ne puisse pas se reproduire. L'intérêt de la propriété s'oppose à ce qu'on limite la notion de la possession à la détention physique. La possession est la forme extérieure de la propriété. Cette forme varie avec les choses. La manière dont le propriétaire exerce son droit n'est pas toujours la même. Ainsi les *saltus hiberni aut æstivi* ne sont occupés que périodiquement : la possession en est conservée quand ils sont inoccupés. La question de savoir si la possession existe est donc une question de fait.

Nous n'avons pas à prendre parti relativement aux opinions de M. Ihering. Elles nous semblent devoir soulever de graves objections. Il n'en est pas moins vrai que sa théorie est harmonieuse et explique très-simplement plusieurs décisions que l'on avait l'habitude de présenter comme des exceptions aux principes. M. Ihering, avec une science incontestable, a essayé de ramener à un principe unique toutes les décisions des textes sur la possession. Y a-t-il réussi ? Nous ne saurions l'affirmer, et nous croyons plutôt que les contradictions qu'il relève dans la théorie de M. de Savigny doivent être attribuées aux jurisconsultes romains eux-mêmes.

M. de Meulenaere a rendu service à tous ceux qu'intéressent les développements de la science du droit romain en traduisant le livre d'Ihering ; il nous dit qu'il a sacrifie souvent l'élégance à l'exactitude : peut-être pourrait-on lui reprocher parfois le défaut de clarté, mais ce défaut n'est-il pas celui de l'écrivain allemand qu'il a traduit ?

HANOTEAU.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4219. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la jurisprudence en matière civile.

Par E. Binet,
Agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

Le créancier qui a obtenu une hypothèque judiciaire postérieurement à une aliénation d'immeubles faite par le débiteur, peut-il se prévaloir de ce que l'inscription de cette hypothèque est antérieure en date à la transcription de l'aliénation?

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire a soulevé un grand nombre de questions délicates qui ont donné lieu à de fréquentes décisions judiciaires. Parmi ses dispositions, il en est une surtout qui a fait naître les controverses les plus vives : nous voulons parler de l'article 3, dont l'objet est de déterminer les personnes qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription. Dans un arrêt du 14 juin 1876, la Cour de Nancy a statué précisément sur une de ces difficultés, et sa décision se recommande à l'attention des jurisconsultes, tant à cause de l'importance théorique et pratique que de la nouveauté de la question en jurisprudence.

Rappelons d'abord les termes de l'article 3 de la loi de 1855 : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des « actes et jugements énoncés aux articles précédents ne « peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'im- « meuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Il est unanimement reconnu que les créanciers chirographaires ne sont pas compris dans la catégorie des *tiers* dont parle cette disposition, que cette qualité ne peut être attribuée qu'aux personnes ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef du dernier ou des précédents propriétaires. C'est du reste ce qui résulte du rapport de M. de Belleyme sur la loi de 1855 : « Par ces mots *aux tiers qui ont des droits* « *sur l'immeuble,* on a voulu, dit-il, écarter la prétention des « créanciers chirographaires qui auraient pu vouloir opposer « le défaut de transcription. Ce droit leur est refusé par le « projet de loi. »

Digitized by Google

Cette restriction a été critiquée, notamment par Mourlon dans son *Traité de la transcription* (n° 434). On peut cependant la justifier par les principes généraux du droit, par cette idée que le créancier chirographaire a suivi la foi de son débiteur, et se trouve représenté par celui-ci dans tous les actes que ce dernier passe sans fraude. Nous aurons du reste à revenir sur cette idée, en discutant la question juridique résolue par la Cour de Nancy.

Voici en peu de mots les faits qui ont donné lieu au procès soulevé devant cette juridiction.

Deux époux, séparés de biens judiciairement, procédaient le 1er août 1868 à la liquidation de la communauté qui avait existé entre eux, et le mari cédait à sa femme, pour la couvrir de ses reprises, des immeubles à lui propres. Cette vente, attaquée comme frauduleuse par un créancier chirographaire du mari, était déclarée valable par un jugement du 25 janvier 1872. Sur ces entrefaites, la situation s'était modifiée par un événement nouveau : le créancier qui avait attaqué la cession faite en 1868 obtenait le 13 mai 1870 un jugement condamnant le mari à lui payer la somme par lui due, et en vertu de ce jugement prenait inscription d'hypothèque judiciaire le 18 juin suivant, époque à laquelle la vente faite par le mari à sa femme n'avait pas encore été transcrite.

La question juridique qui se posait était de savoir si ce créancier pouvait se prévaloir de l'antériorité de son inscription sur la transcription de la vente, pour faire porter son hypothèque judiciaire sur les immeubles cédés par le mari à sa femme lors de la liquidation. En théorie, on pourrait formuler la question de la manière suivante : un créancier dont la créance est purement chirographaire au moment de l'aliénation d'un immeuble par son débiteur, peut-il, s'il acquiert postérieurement à l'acte d'aliénation une hypothèque générale sur les biens de celui-ci, prétendre que l'aliénation ne lui est pas opposable, parce qu'elle n'a été transcrite qu'à une date postérieure à celle de son inscription?

Peu d'auteurs ont prévu cette difficulté. Elle est toutefois indiquée et résolue par MM. Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, 4e édit., § 209, texte et note 80), qui invoquent à l'appui de leur doctrine l'autorité de M. Demangeat sur Bravard (*Traité de droit commercial*, V, p. 296 à 298, en note).

Digitized by Google

Suivant ces jurisconsultes, le créancier peut opposer le défaut de transcription de l'aliénation et exercer son hypothèque sur les biens aliénés. Les motifs de cette solution ne sont pas développés dans l'ouvrage de MM. Aubry et Rau; on peut cependant s'en rendre compte par tout l'ensemble de leur paragraphe. Nous allons essayer de les indiquer.

Depuis la loi du 23 mars 1855, peut-on dire, les conflits qui s'élèvent entre personnes qui prétendent à un droit réel sur un même immeuble, si elles tiennent leur droit d'un même auteur, doivent être réglés exclusivement par l'antériorité des transcriptions ou inscriptions. On préfère celui qui le premier a rendu publique son acquisition en se conformant aux lois. Dès lors la solution du problème n'est pas douteuse, le créancier qui a acquis une hypothèque a bien un droit réel sur l'immeuble ; il est dans la catégorie des tiers dont parle l'article 3 de la loi de 1855, puisqu'il l'a conservé en se conformant aux lois; ayant pris inscription avant que l'acquéreur ait transcrit, il doit l'emporter sur ce dernier.

Décider autrement serait du reste aller directement contre le but du législateur de 1855. N'a-t-il pas voulu favoriser le crédit foncier, empêcher notamment que le créancier qui veut obtenir une sûreté réelle ne soit trompé par le constituant? Avant la nouvelle loi, comme le dit le rapport de M. de Belleyme que nous citons presque textuellement, « rien ne révélait d'une manière certaine et publique qui « était le propriétaire d'un immeuble... En traitant avec « celui qui avait toutes les apparences du droit de propriété, « on n'était jamais sûr de traiter avec le véritable propriétaire... Il ne suffisait pas aux prêteurs de s'assurer de la « valeur de l'immeuble qu'on leur donnait en gage, des « droits du propriétaire, de la non-existence d'inscriptions « antérieures; les plus prudents pouvaient être surpris et « dépossédés par des aliénations faites la veille et qu'ils n'a- « vaient aucune raison de soupçonner. » C'est contre ce danger qu'est dirigée la loi de 1855. Donc, si le créancier qui se fait concéder par son débiteur ou qui obtient une hypothèque sur ses biens, peut se voir opposer une aliénation antérieure non transcrite, que devient le crédit dont la protection est l'unique préoccupation du législateur?

Digitized by Google

Ces arguments sont très-graves assurément. Cependant cette solution n'a pas été admise par Mourlon dans son *Traité de la transcription* (n° 490) et la Cour de Nancy a cru devoir aussi rejeter la doctrine de MM. Aubry et Rau dans son arrêt du 14 juin 1876. Nous pensons que c'est à bon droit.

Suivant la Cour de Nancy, le créancier dont la créance est antérieure à l'acte d'aliénation fait par son débiteur et qui a obtenu postérieurement à cette aliénation une hypothèque générale sur les biens de celui-ci, ne peut la faire porter sur les immeubles par lui aliénés, cette vente n'eût-elle été transcrite qu'après l'inscription de l'hypothèque.

Pour justifier cette solution, la Cour s'appuie sur ce que le créancier chirographaire n'a pu acquérir, du chef de son débiteur, une hypothèque judiciaire valable sur les immeubles aliénés par lui. On comprend que, si cette théorie est exacte, il importera peu que le créancier ait pris inscription antérieurement à la transcription de l'aliénation; l'inscription ne peut donner la vie à un droit qui n'existe pas, elle a pour but, non de créer, mais de conserver le droit d'hypothèque.

Le principe posé par la Cour de Nancy nous paraît tout à fait conforme à la loi. Un créancier chirographaire, en effet, par cela seul qu'il n'a pas stipulé des sûretés particulières, est censé suivre la foi de son débiteur; il accepte par avance les conséquences des actes de celui-ci sur l'étendue de son patrimoine, sauf le droit d'attaquer par l'action Paulienne les actes frauduleux qui lui sont préjudiciables, de sorte que ces créanciers sont entièrement représentés par leur débiteur dans toutes les aliénations qu'il peut faire; si le débiteur vend un immeuble sans fraude, les choses se passent comme si le créancier chirographaire avait concouru à l'acte, et, à son égard, la propriété est passée à l'acheteur dès l'instant du contrat (art. 1138 et 1583).

Cette règle a-t-elle été modifiée par la loi du 23 mars 1855? Nous avons vu au contraire par le rapport de M. de Belleyme que les créanciers chirographaires ne pouvaient se prévaloir du défaut de transcription de l'aliénation faite par leur débiteur. Ce qui revient à dire, qu'à leur égard, une vente non transcrite équivaut absolument à une vente transcrite. Les principes du Code civil subsistent donc entièrement quant

Digitized by Google

aux effets de l'aliénation sur les droits des créanciers chirographaires.

MM. Aubry et Rau conviennent de la justesse de ce point de départ (§ 209, texte, et note 91), mais ils prétendent justifier leur système en disant : « Si un acte d'aliénation est, « quoique non transcrit, opposable à un créancier chiro- « graphaire comme tel, il n'en est plus de même dès que « le créancier, devenu hypothécaire, fait valoir le droit réel « attaché à l'hypothèque. » A leur sens donc, le créancier chirographaire ne peut, en cette seule qualité, opposer le défaut de transcription, mais il le peut en vertu du droit hypothécaire qu'il a ensuite acquis et conservé.

L'objection n'est que spécieuse; sans doute, celui qui a un droit d'hypothèque sur un immeuble et qui l'a dûment conservé, doit être rangé dans la catégorie des tiers dont parle l'article 3 de la loi de 1855, mais si nous démontrons que le créancier chirographaire d'un débiteur qui aliène un immeuble ne peut acquérir postérieurement à l'aliénation une hypothèque valable sur le bien aliéné, nous aurons détruit l'argumentation des savants jurisconsultes que nous combattons. L'inscription ne peut évidemment, comme nous le disions tout à l'heure, produire d'effet que si l'hypothèque est valable, *prius est esse quam esse tale.*

Or s'il est vrai que, par l'effet de la vente, la propriété est sortie du patrimoine du vendeur, même au regard de ses créanciers chirographaires, sans qu'il soit besoin de transcription, comment un de ces créanciers aurait-il pu acquérir ensuite une hypothèque du chef de son débiteur sur l'immeuble aliéné? L'aliénation ayant été parfaite à son égard, indépendamment de toute mesure de publicité, ne peut cesser de l'être par un acte de sa volonté. Le créancier ayant été représenté par son débiteur dans l'acte de vente, l'autoriser à acquérir ensuite une hypothèque sur l'immeuble aliéné, ne serait-ce pas lui permettre de violer un contrat auquel il est réputé légalement avoir été partie?

Une considération nous paraît encore plus décisive : une hypothèque ne peut frapper les immeubles du débiteur qui, au jour de la constitution ou de la naissance du droit, étaient sortis de son patrimoine au regard du créancier (art. 2122, 2123, al. 2, 2129). C'est un principe incontestable. Or, nous

Digitized by Google

avons démontré que l'immeuble avait cessé d'être la propriété du débiteur dès l'instant de la vente, même vis-à-vis de ses créanciers chirographaires ; ceux-ci n'ont donc pu acquérir ensuite une hypothèque valable sur l'immeuble aliéné, leur inscription n'a pu donner le jour à un droit qui n'existait pas ; on ne peut les ranger dans la catégorie des tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui peuvent opposer le défaut de transcription.

Nous opposera-t-on que cette solution est contraire à l'esprit de la loi nouvelle? Mourlon, qui l'adopte, n'hésite pas à dire qu'elle est déplorable, mais c'est le résultat logique de la combinaison des divers principes que nous avons rappelés. Du reste la critique nous semble exagérée. Le créancier, qui a mal à propos placé sa confiance, n'a qu'à s'en prendre à lui-même des conséquences de sa négligence; n'exigeant pas de sûretés, il devait savoir que tout ce qui serait aliéné par son debiteur, non-seulement cesserait d'être son gage, mais deviendrait pour lui absolument *res aliena*, qu'il ne pourrait plus acqnérir de garantie sur les biens sortis du patrimoine de son débiteur.

Il nous semble utile, pour résumer notre argumentation, de mettre sous les yeux du lecteur les termes mêmes de l'arrêt remarquable rendu par la Cour de Nancy :

« Sur le premier moyen invoqué par les appelants et tiré « de ce que J. n'aurait pu en mai ou juin 1870 acquérir du « chef de L. une hypothèque judiciaire valable sur des im- « meubles cédés en payement de ses reprises à la dame L. « par l'acte authentique du 1er août 1868 :

« Attendu, en droit, que la loi du 23 mars 1855 sur la « transcription n'a pas modifié les principes fondamentaux « du droit français moderne, suivant lesquels la vente est un « contrat consensuel, parfait entre les parties centractantes « et transmettant la propriété du vendeur à l'acheteur dès « qu'ils sont convenus de la chose et du prix ; que l'article « 1583 du Code civil est resté en pleine vigueur quant au rè- « glement des rapports de l'acquéreur avec le vendeur et ses « créanciers ; qu'il suit de ce principe certain que les créan- « ciers chirographaires d'un vendeur ne peuvent point op- « poser à l'acquéreur le défaut de transcription de son titre; « que ce droit n'appartient, aux termes de l'article 3 de la

Digitized by Google

« loi précitée de 1855, qu'aux tiers ayant sur l'immeuble des « droits réels antérieurs à la vente, et qu'il est impossible à « de simples créanciers chirographaires, qui ont à l'origine « suivi la foi de leur débiteur, d'acquérir du chef de celui-ci « et par des actes postérieurs aucune hypothèque conven- « tionnelle ou judiciaire sur des immeubles aliénés par lui- « même par un contrat non transcrit ;

« Attendu, en fait, que par acte authentique passé devant « Me P., notaire à Rocroi, le 1er août 1868, L., alors séparé « de biens de sa femme, a cédé à celle-ci en pleine pro- « priété, pour la couvrir de ses droits et reprises, certains « immeubles à lui propres et de communauté, désignés en « détail dans cet acte, et que cette vente ou cession, d'abord « attaquée par J., a été définitivement sanctionnée par juge- « ment du tribunal de Rocroi du 25 janvier 1872 homolo- « gatif, en ce qui touche les attributions immobilières, de la « liquidation des reprises de l'épouse L. ;

« Attendu que par l'effet de cette cession, les immeubles « qui en ont fait l'objet sont, à remonter au 1er août 1868, « définitivement sortis du patrimoine de L. et entrés dans « celui de sa femme, non-seulement au regard du vendeur « lui-même, mais aussi de ses ayants cause et de ses créan- « ciers purement chirographaires ;

« Attendu que telle était, à cette époque, la qualité de J., « créancier purement cédulaire de L., et qu'il n'a pu dès lors « acquérir, soit par le jugement du 13 mai 1870, soit par l'in- « scription par lui prise en vertu de ce jugement le 18 juin sui- « vant, des droits d'hypothèque valables sur les immeubles « dont s'agit et lui permettant d'opposer à la dame L. le dé- « faut de transcription avant le dit jour 18 juin 1870 du con- « trat authentique du 1er août 1868 ; que l'hypothèque judi- « ciaire, bien que générale ne peut jamais frapper que les « biens appartenant au débiteur et non ceux dont il a aliéné « la propriété par des actes réguliers opposables à lui-même « et à ses ayants cause ;

« Que c'est donc à bon droit que l'appelant a attaqué « comme inopérante et nulle, en tant qu'elle s'appliquerait « aux immeubles désignés dans l'acte auhentique du 1er août « 1868, l'hypothèque judiciaire résultant du jugement du « 13 mai 1870, etc. »

Digitized by Google

Les principes rappelés si nettement dans cet arrêt ont une importance pratique considérable, non-seulement pour la solution de la question spéciale que nous avons examinée, mais pour le parti à prendre dans beaucoup d'autres controverses soulevées par la loi du 23 mars 1855.

D'abord remarquons que ce que l'arrêt décide à propos d'une hypothèque judiciaire serait aussi exact en cas d'hypothèque conventionnelle. Un créancier chirographaire, dont le débiteur a aliéné un immeuble, ne pourrait ensuite se faire constituer valablement par lui une hypothèque conventionnelle sur cet immeuble et dès lors voudrait en vain se prévaloir du défaut de transcription de la vente pour exercer son droit hypothécaire.

Par les mêmes raisons, si un débiteur donne en payement à un de ses créanciers chirographaires un immeuble qu'il a précédemment aliéné, ce créancier, eût-il transcrit, ne pourrait opposer au premier acquéreur le défaut de transcription de son acquisition.

De même encore, supposons un commerçant tombé en faillite, ses créanciers chirographaires pourraient-ils, au moins après l'inscription prise par les syndics en vertu de l'article 490 du Code de commerce, se prévaloir du défaut de transcription des aliénations valablement faites par leur débiteur avant l'époque de la cessation de ses payements? La négative est la conséquence logique de la doctrine admise par la Cour de Nancy.

Nous n'avons pas épuisé, du reste, les applications pratiques possibles de ce système. Le peu que nous en avons dit suffit à démontrer l'importance juridique de la décision que nous avons rapportée. E. BINET.

Digitized by Google

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul Bernard, conseiller à la Cour de Dijon.

(*Suite*[1].)

IV

23. Si l'on consulte les monuments de la jurisprudence, on est promptement convaincu que le gouvernement de la Défense nationale et les divers régimes qui lui ont succédé, l'autorité judiciaire, l'autorité administrative et le tribunal des conflits, ont toujours été tacitement d'accord pour interpréter le décret du 19 septembre 1870 comme nous venons de le faire, c'est-à-dire dans le sens d'une équitable conciliation de la souveraineté judiciaire et de la distinction des pouvoirs fondée sur le respect des droits de l'autorité publique et de ceux des citoyens.

24. Dans l'action intentée contre le général Meyère[2], le gouvernement de la Défense nationale et celui qui lui succéda n'eurent pour leur subordonné que des blâmes indirects. Le premier donna l'ordre, tardif il est vrai, de rendre à la liberté le citoyen détenu. Le second n'opposa qu'un silence obstiné aux pressantes sollicitations du général d'être placé sous la sauvegarde du principe de la séparation des pouvoirs. Le conflit ne fut pas élevé et le défendeur resta abandonné à la justice civile.

Ce n'est que par une extension abusive du principe de la séparation des pouvoirs que le général Meyère déclina devant tous les dégrés de juridiction la compétence de l'autorité judiciaire. La seule question du procès était de savoir si le citoyen qui avait été frappé d'une peine disciplinaire relevait de l'autorité militaire comme militaire ou assimilé à un militaire. Cette question concernant l'état de la personne était exclusivement de la compétence des tribunaux civils.

[1] V. *Revue critique*, août, p. 515, et septembre-octobre, 1876, p. 590; janvier, 1877, p. 12.

[2] Dalloz, 1872, 1, 385.

Digitized by Google

En supposant même que préalablemeut à la poursuite de l'action civile, la justice militaire, dans le but de faire déclarer implicitement légitime l'acte du général et de paralyser ainsi l'exercice de l'action privée, eût intenté contre lui l'action publique, le tribunal militaire aurait dû surseoir jusqu'à ce que la question eût été préjudiciellement résolue par les tribunaux ordinaires. Par conséquent le tribunal civil ne serait devenu incompétent que dans l'hypothèse où il aurait constaté que le citoyen incarcéré avait la qualité de militaire. Ces points de droit avaient été mis en relief devant la Cour d'appel de Dijon, et c'est en conformité des principes qui en découlent que cette Cour a jugé illégale et arbitraire la détention du sieur Rollin.

25. Sa compétence était d'autant plus sûrement fondée que sous l'empire même de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII le défendeur n'eût pas été protégé par la garantie constitutionnelle, en supposant qu'il eût agi comme militaire, puisqu'il était admis par la jurisprudence et par la doctrine que les militaires n'étaient pas des agents du gouvernement. L'abrogation de l'article 75 était donc indifférente à la solution du procès. Si l'éminent rapporteur du pourvoi formé devant la Cour de cassation contre l'arêt de la Cour de Dijon a dit que le principe de la séparation des pouvoirs éprouvait un échec par suite du défaut de protection résultant de la garantie à laquelle le général aurait eu droit antérieurement au décret du 19 septembre 1870, c'est uniquement parce qu'il a perdu de vue que l'acte reproché au général n'avait aucun caractère administratif. Le rapprochement entre cet acte et l'affaire d'Erlon sur laquelle la Cour de cassation avait statué en 1836[1] était inexact en ce sens que l'ordonnance dont on poursuivait, à cette époque, la réparation contre le comte d'Erlon prescrivait le placement de garnisaires au domicile des pères et mères des individus faisant partie de bandes armées et constituait véritablement un acte administratif fait en vertu des pouvoirs civils extraordinairement conférés au commandant militaire des départements de l'Ouest soumis à l'état de siége, tandis que l'ordre donné par le général Meyère

[1] Arrêt du 17 février 1836. Dalloz, v° MISE EN JUGEMENT DES FONCTIONNAIRES PUBLICS, n° 83.

Digitized by Google

était simplement un attentat déterminé à la liberté individuelle, c'est-à-dire la violation de l'une des garanties constitutionnelles assurées à tous les citoyens, même pendant l'état de siége.

26. Cette erreur a été, avec raison, signalée par M. Cazalens dans sa critique de l'arrêt de la chambre des requêtes du 3 juin 1872. Mais ce jurisconsulte va trop loin, nous semble-t-il, quand il ajoute que la Cour suprême n'avait pas à se préoccuper dans cette affaire de l'article 75 et de l'influence que son abrogation a pu produire sur la séparation des pouvoirs. Le général, en effet ne soutenait pas que sous l'empire de l'article 75 de la constitution de l'an VIII, il aurait été protégé par la garantie constitutionnelle en sa seule qualité de militaire, mais en outre en sa qualité de commandant de place investi de pouvoirs administratifs extraordinaires. Il émettait cette prétention absolue que par le seul fait de la dévolution de l'autorité civile à l'autorité militaire il était affranchi du contrôle du pouvoir judiciaire, parce que l'abrogation de l'article 75, si elle avait détruit la garantie constitutionnelle, n'avait pu porter atteinte à la séparation des pouvoirs dont il invoquait le principe protecteur. Vainement lui demandait-on à qu'elle autorité administrative il eût voulu soumettre l'appréciation de l'ordre de détention; il ne pouvait en indiquer aucune. Il se réfugiait néanmoins derrière la formule de la distinction des pouvoirs avec d'autant plus d'obstination qu'il savait bien que si l'autorité judiciaire l'y autorisait, nulle puissance n'aurait le droit de le poursuivre dans ce camp retranché, puisqu'on ne pouvait inventer au profit du Conseil d'État, pour une hypothèse spéciale, une compétence que cette juridiction n'avait pas. Là où il n'y avait pas d'*acte administratif*, il ne pouvait y avoir place pour la compétence d'une juridiction administrative et pour une décision préjudicielle émanée de cette juridiction.

Admettons que la Cour de cassation, au lieu d'autoriser le pouvoir judiciaire à apprécier l'acte reproché au général Meyère et de le qualifier afin de constater qu'il ne constituait pas un acte administratif, mais une atteinte à un droit, eût déclaré que ce pouvoir était incompétent; admettons encore, ce qui revient au même, que le préfet eût élevé le conflit, que serait-il arrivé? Le tribunal des conflits eût inévitablement

Digitized by Google

renvoyé devant l'autorité judiciaire pour faire constater la qualité du citoyen incarcéré; cette constatation faite, il aurait déclaré que l'ordre d'incarcération n'ayant pas été donné dans les limites de l'exercice régulier du pouvoir militaire, il y avait lieu de renvoyer au Conseil d'État pour faire apprécier par cette juridiction si cet ordre émanait légitimement du commandant de place en vertu de ses pouvoirs extraordinaires. Le Conseil d'État eût été obligé de reconnaître que ce fait n'avait aucun caractère administratif et il eût fallu revenir devant le tribunal civil après avoir suivi ce circuit inutile de juridiction. C'est là ce que la Cour de cassation a voulu éviter. Elle a pensé que l'exercice d'un droit qui serait soumis à de semblables évolutions serait la négation du droit, et elle a laissé à la conscience des magistrats l'appréciation des actes reprochés aux fonctionnaires, étant bien sûre qu'ils n'enfreindraient pas de propos délibéré le principe de la séparation des pouvoirs. « Sur le moyen unique du pourvoi, tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1791 et de l'article 101 du décret du 24 décembre 1811 : attendu que le décret rendu par le gouvernement de la Défense nationale le 19 septembre 1870, lequel abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, a *nécessairement* pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes empruntés aux agens du gouvernement qui donnent lieu à une action en réparation civile; attendu que, si les tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'acte imputé eût été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre, sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis, la garantie spéciale stipulée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, que le décret du 19 septembre 1870 a eu pour but de faire entièrement disparaître; attendu, d'autre part, qu'il appartenait à la Cour d'appel de déterminer la qualité des parties en cause devant elle et de déclarer si le demandeur originaire était militaire ou devait être assimilé à un militaire; attendu, enfin, que nul texte de loi ne donne à un général commandant une

Digitized by Google

place ou état de siége le droit de faire arrêter et incarcérer un simple citoyen sans le faire traduire devant la justice repressive..., etc. [1] »

27. On n'a critiqué dans cet arrêt que la forme trop absolue de ses motifs et non la décision au fond : « Il s'agissait cette fois, dit M. David, commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État, d'une poursuite dirigée contre le commandant d'une place en état de siége, par un citoyen non militaire qu'il avait fait arrêter et incarcérer pendant quinze jour sans le faire traduire devant les tribunaux de répression. Or, aucun texte de loi ne donnant un pareil pouvoir à un général commandant une place en état de siége, le fait imputé n'était qu'un acte de force qui, bien qu'émané d'un fonctionnaire public, *n'avait aucun caractère administratif, parce qu'il ne se rapportait pas à un objet d'administration et qui, dès lors, ne constituait pas un acte administratif dont l'autorité administrative pût revendiquer la connaissance;* aussi en fait ne l'avait elle pas revendiquée, l'exception d'incompétence n'ayant été soulevée que par le défendeur lui-même. Il y avait donc là une raison péremptoire de repousser cette exception, et après nous être permis de critiquer l'arrêt de la chambre des requêtes dans ce que sa rédaction pouvait présenter de trop absolu, nous nous hâtons de reconnaître que la solution qu'il a donnée à l'espèce sur laquelle il est intervenu était la seule qu'elle pût recevoir[2]. »

28. Le tribunal de Senlis a aussi interprété l'arrêt de la Cour de cassation dans le sens de l'annihilation du principe de la séparation des pouvoirs, comme l'avaient fait M. Cazalens et M. David. Le 18 janvier 1873, le général de Ladmirault, commandant l'état de siége dans le département de l'Oise, a fait saisir le premier numéro du journal le *Devoir*, que le sieur Pelletier se proposait de publier à Creil, sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation. Le sieur Pelletier, se fondant sur ce que le décret qui a proclamé l'état de siége dans l'Oise serait inconstitutionnel pour n'avoir pas été communiqué au Sénat, et sur ce que le décret n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*, a prétendu que la saisie et l'interdic-

[1] Dalloz, 72, 1, p. 392.
[2] Observations sur affaire Pelletier c. Ladmirault, Dalloz, 1874, 3, p. 5.

Digitized by Google

tion de son journal étaient des actes arbitraires et illégaux qui, aux termes de l'article 1382 du Code civil, lui donnaient droit à une réparation civile; en conséquence, il a fait assigner M. le général de Ladmirault, M. Chappuis, préfet de l'Oise, et M. Lendat, commissaire de police à Creil, devant le tribunal de Senlis, pour « entendre déclarer arbitraire la saisie du 18 janvier; l'entendre déclarer illégale, nulle et de nul effet »; par suite entendre ordonner la restitution des exemplaires indûment saisis, et s'entendre condamner solidairement à 2,000 francs à titre de dommages-intérêts[1]. Le préfet de l'Oise éleva le déclinatoire. Le tribunal statua ainsi : « *Attendu qu'il est vrai que le décret du 19 septembre 1870 porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs;* que toutefois ce décret est net, précis et formel ;— Qu'il abroge en termes exprès la garantie constitutionnelle de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre; — Qu'il en résulte qu'aujourd'hui les fonctionnaires et agents du gouvernement peuvent être directement traduits, à raison des actes de leurs fonctions, devant les tribunaux civils, lesquels ont pouvoir et qualité pour examiner, apprécier et qualifier lesdits actes, à l'effet de rechercher si, par suite d'une faute ou d'un abus de pouvoir imputables auxdits fonctionnaires ou agents, ces actes sont de nature à donner lieu, au profit de qui de droit, à une action en dommages-intérêts; que décider autrement, en l'espèce, serait aller à l'encontre du décret de 1870, et consacrer à nouveau les immunités abolies de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII; — Rejette le déclinatoire. »

29. Le conflit fut élevé. La question était donc posée devant le tribunal régulateur des dissidences entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Le commissaire du gouvernement l'élucida avec une autorité remarquable. Il restitua à l'arrêt de la chambre des requêtes la portée juridique que la Cour suprême avait voulu lui attribuer, à la garantie constitutionnelle le caractère réel qu'elle aurait dû avoir, tout en reconnaissant le caractère personnel qu'elle af-

[1] *Gazette des tribunaux* du 5 août 1873.

Digitized by Google

fectait dans certains cas; il établit que la garantie réelle résultant des lois et des institutions qui ont assuré le principe de la séparation des pouvoirs ne devait recevoir aucune atteinte de l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, que l'autorité judiciaire pouvait se mouvoir désormais en toute liberté dans les limites de sa compétence sans s'arrêter aux entraves de la garantie constitutionnelle, et que l'administration restait protégée contre les empiétements par l'arme du conflit[1]. En résumé, l'éminent commissaire du gouvernement évitait le double péril soit de sacrifier la souveraineté judiciaire lorsque celle-ci ne se trouve pas en présence de l'interprétation préjudicielle d'un acte administratif douteux et de rétablir sous une forme nouvelle la garantie constitutionnelle, soit d'atteindre ou d'anéantir le principe de la séparation des pouvoirs par la liberté illimitée qui serait laissée à l'autorité judiciaire d'interpréter les actes administratifs dans toutes les instances poursuivies contre les fonctionnaires publics. Si cette théorie s'éloignait de l'absolutisme apparent de la doctrine de la chambre des requêtes, elle rompait ouvertement, si nous l'avons bien comprise, avec celle qui tendrait à créer une instance préjudicielle dans toute poursuite contre les fonctionnaires publics, sous prétexte que l'autorité administrative peut seule déclarer un acte administratif légal ou illégal.

30. Le tribunal des conflits, après avoir visé les textes qui servent de sanction à l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs et l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, statuait comme suit : « Considérant que l'ensemble de ces textes établissait deux prohibitions distinctes qui, bien que dérivant l'une et l'autre du principe de la séparation des pouvoirs dont elles avaient pour but d'assurer l'exacte application se référaient néanmoins à des objets divers et ne produisaient pas les mêmes conséquences au point de vue de sa juridiction ; — Que la prohibition faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, constituait une règle de compétence absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif, et qui trouvait sa sanction dans le

[1] Dalloz, 74, 3, 5.

Digitized by Google

droit conféré à l'autorité administrative de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution, lorsque, contrairement à cette prohibition, les tribunaux judiciaires étaient saisis de la connaissance d'un acte administratif; — Que la prohibition de poursuivre les agents du gouvernement sans autorisation préalable, destinée surtout à protéger les fonctionnaires publics contre des poursuites téméraires, ne constituait pas une règle de compétence, mais *créait une fin de non-recevoir formant obstacle à toutes poursuites dirigées contre ces agents pour des faits relatifs à leurs fonctions*, alors même que ces faits n'avaient pas de caractère administratif, et constituaient des crimes ou délits de la compétence des tribunaux judiciaires; que cette fin de non-recevoir ne relevait que des tribunaux judiciaires et ne pouvait jamais donner lieu, de la part de l'autorité administrative, à un conflit d'attribution; — Considérant que le décret rendu par le gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires de tout ordre, n'a eu d'autre effet *que de supprimer la fin de non-reeevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limite de leur compétence; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître les actes administratifs, et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution;* — Qu'une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent, etc[1]. »

31. Le tribunal des conflits déclare ensuite que la saisie du journal constituait une mesure préventive de *haute police administrative* dont la responsabilité remonte au gouverne-

[1] Dalloz, 74, 3, 7.

Digitized by Google

ment. Le tribunal se refusant à reconnaître le caractère d'acte administratif à l'ordre émané du général commandant de l'état de siége, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 9, § 4, de la loi du 9 août 1849, a retenu l'affaire, *déclaré la saisie légale*, et dénié toute compétence, pour en connaître soit aux tribunaux judiciaires, soit au Conseil d'État. Néanmoins, dans une affaire de même nature, le Conseil d'État, contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, s'est déclaré compétent et a validé un arrêté pris par le général commandant l'état de siége dans le département du Rhône, à l'effet de supprimer le journal la *France républicaine*, dont le sieur Chéron était gérant[1]. Le ministre n'a pas revendiqué devant le tribunal des conflits la connaissance de cette affaire, comme il aurait pu le faire si elle n'était pas du ressort du contentieux administratif (art. 26 de la loi du 24 mai 1872).

32. Cette question de compétence a reçu du tribunal des conflits une solution qui nous surprend. Qu'on nous permette de nous y arrêter quelques instants, car elle se rattache intimement à notre sujet. Le tribunal de Senlis était incompétent; l'arrêté de conflit devait être confirmé, et il n'y a qu'à applaudir aux motifs par lesquels il l'a été, et qui confirment la doctrine que nous avons cherché à faire prévaloir. Mais comment le tribunal des conflits a-t-il pu, par *une évocation tacite*, statuer *sur la légalité* de l'acte attaqué, quelle que fût sa véritable qualification? Que la saisie constitue un acte administratif proprement dit ou un acte politique, gouvernemental, placé par sa nature même en dehors de la sphère administrative sur laquelle s'exerce la juridiction du Conseil d'État au contentieux, nous ne connaissons pas de texte relatif à cette haute institution qui donne à celle-ci le droit de prononcer sur le fond du litige pendant entre un fonctionnaire public et un administré. « Lorsque le Conseil d'État était le juge des conflits, on aurait pu penser au premier aperçu, dit M. Dalloz, qu'en confirmant l'arrêté du préfet, c'est-à-dire qu'en déclarant que la contestation est administrative, il aurait été en droit de retenir l'affaire et de la juger au fond, en sa qualité de juge du contentieux adminis-

[1] 5 juin 1874, Dalloz, 75, 3, 57.

Digitized by Google

tratif. Cette doctrine aurait été contraire aux principes et aux plus simples convenances de la justice, comme le fait remarquer M. Solon, n° 42. En effet, le caractère distinctif des décisions sur conflit, c'est de ne jamais porter aucune solution sur le fond, le juge du conflit n'étant pas saisi du fait et n'ayant nullement qualité pour prononcer sur le procès. Dans un cas pareil, il exerce une juridiction analogue à celle de la Cour de cassation. D'un autre côté, les parties, comme on l'a vu, n'ayant pas le droit de figurer dans l'instance sur conflit ni d'y prendre aucune conclusion, comment le juge du conflit aurait-il pu statuer au fond et condamner les parties sans les entendre? — Que si le Conseil d'État n'aurait pu agir ainsi, à plus forte raison la juridiction actuelle des conflits serait-elle sans qualité pour le faire. En effet, elle n'a d'autre attribution, d'autre mission, que de prononcer sur la compétence et de régler le conflit; elle n'est, en aucune manière et sous aucun rapport, juge du contentieux administratif[1]. » La loi du 24 mai 1872 n'a nullement modifié le caractère de cette institution.

33. Il est cependant certain que la décision rendue par le tribunal des conflits le 30 juillet 1873 dans l'affaire Pelletier contre Ladmirault tranche plus qu'une question de compétence. Dans les observations par lesquelles il concluait à ce que le Conseil d'État le déclarât incompétent pour apprécier la légalité de l'arrêté prononçant la suppression du journal *la France républicaine* (affaire Chéron), l'honorable M. David, après avoir rappelé la qualification donnée à la saisie du journal *le Devoir*, *de mesure de haute police administrative*, ajoutait : « C'est certainement pour cela qu'au lieu de réserver pour le Conseil d'État *l'examen de la légalité* de cet acte, comme il aurait dû le faire s'il s'était agi d'un acte administratif proprement dit, le tribunal des conflits *a apprécié lui-même cette légalité* comme aurait pu le faire le tribunal de Senlis lui-même pour juger si, oui ou non, il devait arrêter l'action de l'autorité judiciaire, et c'est parce qu'il a résolu affirmativement cette quesition qu'il a dessaisi absolument l'autorité judiciaire. Telle nous paraît avoir été la pensée du tribunal, et cette pensée, nous n'éprouvons aul

[1] Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° CONFLIT, n° 120.

Digitized by Google

embarras à le reconnaître devant une pareille autorité, nous paraît plus exacte que celle à laquelle nous nous étions arrêté tout d'abord[1]. Pour faire rejeter le recours au Conseil d'État, l'orateur invoque l'impossibilité, au point de vue de la régularité de la procédure, de se pourvoir contre de simples ordres verbaux ou écrits dont la notification n'est pas faite à la partie intéressée et qui ne se manifestent à elle que par leur exécution, tandis que la loi exige pour la recevabilité du recours la production de la décision attaquée. Il invoque surtout l'abstention constante du Conseil d'État à s'immiscer dans les actes du gouvernement, même sous le régime de la Constitution de 1852, alors que la responsabilité des ministres vis-à-vis des Chambres avait disparu derrière la responsabilité du chef de l'État vis-à-vis du pays.

34. L'orateur examine ensuite quels seront les droits des citoyens qui croient avoir lieu de se plaindre d'actes émanés de l'autorité militaire. Ses conclusions sont précieuses pour nous parce qu'elles marquent implicitement la nécessité de laisser à l'autorité judiciaire un certain droit d'appréciation dans les poursuites contre les fonctionnaires publics. « Est-ce à dire que l'autorité militaire, dans l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels de l'état de siége, aura une liberté illimitée, qu'elle pourra se livrer sans contrôle à tous les écarts, à tous les excès? Ces pouvoirs, si exceptionnels qu'ils soient, n'en ont pas moins pour limite et pour contre-poids les droits individuels à l'encontre desquels ils s'exercent. Si ces droits sont abandonnés, dans une certaine mesure que commande l'impérieux intérêt du salut public, au pouvoir discrétionnaire de l'autorité militaire, sous sa responsabilité et sous celle du gouvernement vis-à-vis des Assemblées politiques *et* du pays, ils ne lui sont livrés que dans cette mesure, ainsi que l'article 11 de la loi du 9 août 1849 a soin de le déclarer; *pour le surplus, ils restent donc placés sous la sauvegarde de leur protectrice naturelle, qui est l'autorité judiciaire.* Assurément, il n'appartiendrait pas plus à cette autorité qu'à la juridiction administrative d'annuler directement une mesure prise par l'autorité militaire dans l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'état de siége. Elle devrait même

[1] Dalloz, 1875, 3, 58.

Digitized by Google

s'arrêter et se déclarer incompétente pour connaître des conséquences d'une mesure de cette nature, si elle avait été prise tout à la fois *dans l'exercice et dans la limite des pouvoirs exceptionnels* dont il s'agit, ainsi que l'a décidé le tribunal des conflits par son jugement du 30 juillet 1873 : *mais si l'autorité militaire, sous le couvert, sous le prétexte de ces pouvoirs, fait un acte qui en excède manifestement la limite, et qui porte atteinte à la propriété ou à la liberté des citoyens, cet acte n'est plus qu'une voie de fait dont les résultats, en tant qu'ils touchent à ces droits individuels, sont justiciables des tribunaux ordinaires, et peuvent même engager, à ce point de vue, la responsabilité de son auteur*[1]. L'orateur cite à l'appui de sa thèse la condamnation du général Meyère en 1,000 francs de dommages-intérêts.

35. Si nous osions formuler respectueusement nos observations sur les décisions que nous venons d'analyser, nous dirions : Dans l'affaire Ladmirault le tribunal de Senlis a eu tort de ne pas admettre le déclinatoire proposé par le préfet parce que la saisie du journal rentrait manifestement dans l'exercice des pouvoirs exceptionnels du commandant de l'état de siége. Le tribunal des conflits a établi la véritable doctrine en proclamant que le décret d'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII a rendu à l'autorité judiciaire sa liberté d'action, mais qu'il a maintenu les limites de sa compétence et le principe de la séparation des pouvoirs. Sa remarquable décision sera désormais la règle des tribunaux judiciaires pour le jugement des poursuites exercées contre les fonctionnaires publics.

36. Toutefois il est deux points sur lesquels nous voudrions faire des réserves. La haute juridiction qui a pour mission spéciale de prononcer sur les conflits d'attribution qui peuvent naître entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ne s'engagerait-elle pas dans une voie périlleuse si, au lieu de se borner à régler les questions de compétence, elle déclarait *la légalité ou l'illégalité* des actes que les citoyens prétendent être préjudiciables à leurs intérêts? Suivant nous le tribunal des conflits aurait dû se borner à déclarer que la saisie avait été ordonnée par le comman-

[1] Dalloz, 75, 3, p. 58 et 59.

Digitized by Google

dant de l'état de siége *dans l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels*, sans ajouter qu'elle l'avait été aussi dans *la limite de ces pouvoirs*.

37. Cette décision nous paraît encore susceptible de critique à un autre point de vue : ici nous nous séparons entièrement de l'opinion de l'honorable M. David. Il entre difficilement dans l'esprit qu'une mesure prise par un commandant de l'état de siége puisse, au gré de celui-ci, revêtir arbitrairement le caractère d'*acte administratif* ou d'*acte gouvernemental*, suivant qu'il lui aura donné la forme d'un ordre verbal ou écrit, préalablement notifié ou non notifié, ou celle d'un arrêté. N'est-ce pas uniquement à l'objet de l'acte qu'il faut s'attacher pour en déterminer la nature? Et ne suffira-t-il pas que la mesure décrétée par le commandant ait sa source dans *le pouvoir administratif* dont l'exercice lui est confié, pour qu'elle ait intrinsèquement le caractère administratif, indépendamment de la forme qu'elle aura revêtu, dans les hypothèses tout au moins où la loi ne l'a pas soumise à des formalités spéciales? Nous admettons, puisque les circonstances l'exigent dans bien des cas, que des perquisitions domiciliaires, l'expulsion de certains individus, l'enlèvement et la recherche des armes, la saisie des journaux et la dispersion des réunions publiques soient exécutées sur un ordre verbal ou écrit et non sur le vu d'un arrêté juridiquement libellé. Mais les citoyens qui sont l'objet de ces mesures prises par dérogation aux lois générales, par cela seul qu'ils sont avertis par la proclamation de l'état de siége du pouvoir exceptionnel et discrétionnaire dévolu au commandant, doivent trouver dans la loi elle-même, rapprochée de l'acte d'exécution, le titre qui leur permettra de faire vérifier la légalité de ces mesures par l'autorité d'où relève ce fonctionnaire. Ils savent que le Conseil d'État sera l'autorité protectrice et le gardien vigilant de leurs droits et de ceux des administrateurs; que la loi a établi des règles déterminées pour porter leur recours devant cette juridiction et que les tribunaux ne leur accorderont la réparation qui leur est due que si la question préjudicielle de l'illégalité de l'acte a été jugée par elle. Cela est conforme aux principes d'une Constitution qui assure aux citoyens la garantie de leur liberté et de leur propriété.

Digitized by Google

Mais si les mêmes mesures de salut public prennent, suivant le caprice du fonctionnaire qui les édicte, le caractère d'*actes de gouvernement*, c'est-à-dire d'actes classés hors des lois, ne voit-on pas que ces garanties disparaissent ou deviennent tellement précaires qu'elles équivalent à l'annihilation de tous les droits? L'appréciation de la légalité d'un acte de gouvernement est du ressort exclusif des assemblées politiques. Il suffit d'énoncer ce principe pour que s'ouvrent immédiatement à l'esprit les perspectives décourageantes d'un semblable recours. Quel est le citoyen assez puissant, assez riche, assez résolu dans la revendication de ses droits pour affronter une voie hérissée de périls, dans laquelle il ne trouve pour la soutenir aucune règle de procédure parlementaire, aucun texte de loi, si ce n'est le droit de pétition? D'ailleurs ne sait-il pas à l'avance que notre Constitution imparfaite ne définit ni ne précise la responsabilité ministérielle et que dans notre pays menacé sans cesse par les orages parlementaires, la violation d'un droit privé ne saurait entrer en balance avec les intérêts politiques qui sont liés à l'existence d'un ministère? Toute interpellation tout sujet de discussion dans les assemblées politiques donne lieu à des combinaisons stratégiques très-savantes, très-habiles, à des coalitions de partis et de fractions de partis qui peuvent amener d'utiles transactions pour faire des lois conformes aux tendances politiques du pays mais qui sont peu favorables au sentiment d'impartialité qui doit présider à l'examen de toute question de justice. Il est inutile d'insister pour le faire comprendre, un gouvernement ne doit recourir que dans des circonstances extrêmement rares à ce que l'on est convenu d'appeler un acte de haute police, un acte de gouvernement qui peut être commandé en dehors de toute prescription légale, à la seule condition d'être amnistié comme fait accompli sous l'empire des inspirations contingentes et arbitraires de la raison d'État. Une différence de *qualification* des mêmes actes qui entraîne des conséquences juridiques de cette gravité ne saurait être assez sévèrement proscrite par la juridiction dont la mission souveraine est d'assurer le respect de l'indépendance des citoyens, des pouvoirs administratifs et de la loi.

Ajouterons-nous enfin que le recours des citoyens devant

Digitized by Google

le Conseil d'État doit être favorisé avec d autant plus d'empressement par le tribunal des conflits que les mesures administratives qui ont donné lieu aux décisions que nous analysons ont leur sanction immédiate dans la force et que tout citoyen doit s'y soumettre sans murmure et sans protestation. Or il serait vraiment puéril d'enlever aux administrés la protection de la juridiction du Conseil d'État qui offre les garanties d'une libre discussion pour y substituer le vote d'une assemblée politique où le vent des passions souffle plus ou moins violemment sous prétexte que l'acte administratif n'a pas été decreté dans la forme ordinaire des actes de cette nature et n'est pas représenté à l'appui de la requête. Le citoyen qui se prétend victime d'un fait illégal se pourvoira devant les tribunaux judiciaires et le Conseil d'État saisi par le déclinatiore ou le tribunal des conflits ne se préoccupera que de l'exécution de l'acte et non de la formule qui l'a précédée. De même sous l'empire de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, quand il s'agissait d'autoriser des poursuites contre les fonctionnaires publics, le Conseil d'État était saisi de l'appréciation des actes fonctionnels de toute nature, quelle que fût d'ailleurs la forme qu'ils affectassent.

38. Si l'on avait cru les fonctionnaires du 4 septembre, le principe de la séparation des pouvoirs aurait servi à couvrir tous leurs actes. Nous trouvons dans la *Gazette des tribunaux* un exemple remarquable de cette prétention. Le lendemain du jour où l'on apprenait à Marseille la nouvelle du désastre de Sedan, la ville fut le théâtre de tous les excès révolutionnaires. M. Gaillardon, commissaire central de police, en fut victime. Traqué par une bande de forcenés dans l'hôtel de la préfecture, il fut, comme un grand nombre d'agents subalternes, l'objet des traitements les plus barbares. M. Labadié, installé par la Révolution triomphante, en qualité de commissaire départemental provisoire, fit écrouer le malheureux commissaire central à la prison de Saint-Pierre, soit par mesure de haute police, soit pour le soustraire aux fureurs de la population. Quelques jours après, M. Gaillardon était trouvé pendu dans sa prison. Les violences, l'incarcération et la détention prolongée avaient troublé sa raison et causé son suicide. En 1874, sa veuve actionna M. L... et la

Digitized by Google

ville de Marseille solidairement pour les faire déclarer responsables. M. L... soutint que bien qu'improvisé préfet par l'émeute il était fonctionnaire et que l'ordre d'incarcération qu'il avait délivré en cette qualité était un acte administratif qui échappait à l'appréciation et à la censure de l'autorité judiciaire. Tout en reconnaissant que la garantie constitutionnelle rompait l'équilibre entre les deux pouvoirs au détriment du pouvoir judiciaire et que l'équilibre avait été justement rétabli par l'abrogation de cette institution, l'ancien préfet repoussait énergiquement l'empiètement intolérable qui résulterait de l'intrusion des tribunaux dans le domaine de l'autorité administrative. L'exception fut repoussée dans des termes qui permettent de supposer que la thèse de la souveraineté judiciaire avait été ouvertement discutée devant les juges : — « Attendu que le tribunal n'a pas à s'occuper ici de la question de savoir si le décret du gouvernement de la Défense nationale, en date du 19 septembre 1870, qui a abrogé non-seulement l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, mais encore toute autre disposition de loi, ayant pour objet « d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires » n'a pas, par là-même, supprimé toute exception ayant pour effet d'enlever aux tribunaux du droit commun la connaissance des litiges tendant à la repression ou à la réparation d'abus reprochés aux fonctionnaires publics; que l'examen de cette question serait absolument superflu dans la cause, puisque, incontestablement, l'ordre d'écrou dont il s'agit, *n'est pas un acte administratif;* — Attendu, en effet, que si les préfets ne sont point des officiers de police judiciaire, s'ils ne sont point, par conséquent, soumis à la surveillance des Cours d'appel ni des procureurs généraux, et s'ils ne sont pas compris dans la catégorie des fonctionnaires auxquels s'applique l'article 483 du Code d'instruction criminelle, il n'est pas moins certain que les actes autorisés par l'article 10 de ce Code sont des actes de police judiciaire...; — Attendu que, de quelque fonctionnaire qu'ils émanent, il n'appartient qu'aux tribunaux du droit commun d'en connaître; que jamais la liberté individuelle n'a été et ne pourra être considérée comme matière administrative, etc. »

Le jugement établit ensuite qu'au moment où il a signé

Digitized by Google

l'acte d'écrou, M. L... n'était pas régulièrement pourvu de l'autorité administrative.

Le 19 octobre 1874, le tribunal statuant au fond, mettait en relief le rôle de L... dans l'envahissement de la préfecture ainsi que les circonstances de l'attentat à la liberté individuelle dont il s'était rendu coupable et proclamait : « qu'au milieu des bouleversements politiques la justice doit maintenir inébranlable ce principe que les lois, surtout celles qui protègent les personnes et les biens, ne souffrent pas d'interrègne. » La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé, contre l'arrêt de la Cour d'Aix qui s'était déclaré compétente.

« Attendu, dit la Cour suprême, que pour attribuer à l'ordre d'arrestation décerné contre G... le caractère d'un ordre administratif, il aurait fallu que L... fût au même moment en possession régulière de la qualité de préfet; qu'une investiture ultérieure ne saurait, par elle-même, couvrir sa responsabilité à cet égard et retroagir sur le droit ouvert au profit de la partie lésée; — Attendu que l'arrêt déclare, au fait, que L... n'a point prouvé qu'il fût déjà préfet lorsqu'il a fait incarcérer G...; — Attendu que la veuve G... a reproché en outre à L... d'avoir, étant préfet, laissé prolonger pendant sept jours la détention de son mari, en négligeant, soit de le faire interroger, soit de le déférer à la justice repressive; — Qu'en appréciant les caractères et les conséquences de cette faute, les juges du fond n'ont fait obstacle à aucun acte administratif et n'ont, par suite, porté aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs[1]. »

Cet exemple prouve d'une façon éclatante combien serait dangereux le système qui désarmerait le tribunal civil, par cela seul que le défendeur se prévaudrait du caractère administratif des actes servant de fondement à l'action en responsabilité.

38 *bis*. La distinction entre les actes administratifs et ceux qui n'ont pas ce caractère, ainsi que le pouvoir des tribunaux de rechercher et de formuler cette distinction, sont parfaitement mis en relief dans un procès intenté par un sieur Haas contre le sieur Valentin, ancien préfet du dépar-

[1] Ch. req. 8 février 1876, D. P., 76, 1, 296.

Digitized by Google

tement du Rhône, pour arrestation et détention illégales. Le défendeur n'a invoqué la violation du principe de la séparation des pouvoirs que devant la Cour de cassation. Là, M. le premier avocat général Blanche rompit ouvertement avec la théorie émise précédemment par M. l'avocat général Bédarride, ne ménagea nullement ses critiques à la chambre des requêtes du 3 juin 1872, et proclama que la vérité juridique était dans le jugement du tribunal des conflits du 30 juillet 1873. « Des faits de deux ordres, parfaitement distincts, disait l'éminent magistrat, étaient imputés à M. V... La plupart, comme l'arrestation, la saisie des papiers dont H. était porteur, étaient des faits administratifs. Mais l'un d'eux ne rentrait pas dans sa fonction, celui d'avoir maintenu H... sous les verrous pendant dix jours sans l'avoir interrogé. Ce fait était constitutif d'une faute personnelle. Supposons donc que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII n'eût pas été abrogé, que serait-il arrivé? Même avec l'autorisation du gouvernement, l'autorité judiciaire eût été incompétente pour statuer sur les faits administratifs; elle n'aurait pu statuer que sur les fautes personnelles de l'agent, même après l'autorisation préalable. Cette autorisation n'est plus nécessaire : soit. Eh bien! les tribunaux pourront statuer immédiatement sur ce dernier fait, mais ils demeureront incompétents pour les autres, puisque cette incompétence ne résultait pas du défaut d'autorisation, puisqu'elle persistait alors même que cette autorisation avait été donnée par le gouvernement. »

J'accepte la distinction entre les faits administratifs et ceux qui ne rentrent pas dans la fonction, mais je ne saurais accepter la théorie qui la suit. Je crois que sous l'empire de l'article 75, l'autorisation préalable, par cela même qu'elle avait permis à l'autorité administrative de contrôler les agissements de l'administrateur avant de le laisser déférer à aucune juridiction, conférait à la juridiction civile le droit de rechercher si le fonctionnaire qui lui était déféré avait abusé de sa fonction dans les actes fonctionnels proprement dits que l'on critiquait. Le défaut d'autorisation constituait une véritable fin de non-recevoir contre l'action. L'autorisation accordée était la proclamation que l'administration se désintéressait *de l'acte* comme de l'agent qui l'a-

Digitized by Google

vait commis. Depuis l'abrogation de l'article 75, l'administration n'a plus de droit absolu de contrôle qui résultait pour elle, dans toutes les hypothèses, de son droit d'autorisation préalable. Elle ne peut plus se rattacher qu'au principe protecteur des compétences et à l'arme du conflit qui assure l'observation de ce principe.

C'est à mon sens ce que la chambre civile de la Cour de cassation a voulu dire dans son arrêt Valentin : « Attendu que la Cour d'appel de Lyon, pour condamner V. à 4,000 fr. de dommages-intérêts envers le défendeur, ne s'est pas fondée sur le dommage pouvant résulter de son arrestation; — Que loin de là, elle a reconnu *la légalité* de l'ordre d'arrestation donné par le préfet contre un individu qui lui était signalé comme entretenant des intelligences avec l'ennemi; que la condamnation prononcée au profit de H... est uniquement fondée sur la *détention qui a suivi son arrestation et qui s'est prolongée pendant dix jours sans qu'il ait été interrogé, et sans qu'il ait été traduit soit devant l'autorité militaire, soit devant les tribunaux ordinaires;* — Que de ce qui précède, il résulte qu'il n'*a été fait obstacle à aucun acte administratif* et que le moyen tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs publics manque en fait[1].

L'annotateur de ces deux arrêts de la chambre civile s'est demandé[2], non sans anxiété, quelle était leur portée, et, comme nous, il aboutit à cette conclusion que la Cour avait repoussé l'application de la règle de la séparation des pouvoirs parce que les décisions qui lui étaient déférées faisaient résulter la responsabilité des préfets, non d'actes administratifs proprement dits, mais de fautes commises à l'occasion de fonctions administratives.

38 *ter*. Enfin, un troisième arrêt rendu dans l'affaire du capitaine de gendarmerie Verlaguet, ne laisse pas que d'inquiéter l'annotateur du recueil de M. Dalloz, comme il avait inquiété le savant et regretté M. Blanche[3]. Par cet arrêt, la chambre civile casse un jugement du tribunal civil d'Ajaccio pour violation de la règle de la séparation des pouvoirs : —

[1] 3 août 1874, D. P., 76, 1, 297.

[2] V. note Dalloz, 1876, 1, p. 289.

[3] V. note déjà citée où est reproduit en partie un article publié par M. Blanche dans le *Droit* du 24 janvier 1875.

Digitized by Google

« Attendu que dans les circonstances constatées par le procès-verbal, le capitaine Verlaguet avait le droit et le devoir de prendre toutes les mesures qui pouvaient lui paraître utiles ou nécessaires pour prévenir les malheurs que pouvait occasionner un conflit imminent entre la gendarmerie et la foule ameutée ; que la juste crainte qu'il pouvait avoir qu'il ne fût fait un usage coupable de ce fusil, soit par celui qui en était porteur, soit par tout autre qui aurait pu s'en emparer, a été, pour le capitaine Verlaguet, un motif légitime de saisir cette arme et de la briser; — Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le fait imputé au capitaine Verlaguet *n'a été qu'un acte légitime de ses fonctions ; — Qu'il suit de là qu'en se déclarant compétent* pour en connaître et en condamnant le capitaine Verlaguet à des dommages-intérêts à raison de ce fait, le jugement attaqué a violé, etc.; — Casse[1]. »

On a pensé que la Cour suprême avait décliné la compétence du tribunal d'Ajaccio par l'unique raison que le fait imputé au défendeur n'avait été qu'un acte légitime de sa fonction. Telle parait avoir été la pensée de l'arrêt. La Cour a pu vouloir réparer seulement la condamnation prononcée à tort d'un acte légitime. En principe elle ne contrôle pas les appréciations de fait, elle protége le terrain du droit. Il est permis d'en tirer cette conclusion que si le fait, au lieu de constituer un acte administratif, n'avait été qu'un délit, le tribunal civil eût été compétent et que la Cour suprême n'eût pas invalidé sa décision. Il faut reconnaître cependant que la rédaction de l'arrêt est loin d'avoir la clarté désirable.

39. Plus heureux que M. Labadié ou M. Valentin qui étaient dépossédés de l'autorité préfectorale et ne pouvaient par conséquent se servir, dans leur propre intérêt, de l'arme de conflit, d'autres préfets ont eu recours à ce moyen pour se dégager des actions en responsabilité intentées contre eux ou pour en dégager leurs coreligionnaires politiques. La plupart de ces actions sont relatives à des délits de diffamation commis dans des actes administratifs tels que des arrêtés émanés de l'autorité municipale et de l'autorité préfectorale ou des délibérations de conseils municipaux. Il s'agissait de savoir si les citoyens diffamés par des administrateurs étaient

[1] 15 décembre 1874, Dalloz, 76, 1, 299.

Digitized by Google

condamnés à subir la flétrissure dont ils étaient atteints et si leur droit devait être réduit à un simple recours devant l'autorité administrative pour obtenir l'annulation des actes entachés de délit. Jusqu'en 1871 le Conseil d'État avait maintenu sa jurisprudence en ce sens, malgré l'opposition de la Cour de cassation ainsi que des jurisconsultes qui enseignaient avec le plus d'éclat la science du droit administratif et malgré les efforts généreux faits dans son propre sein par MM. Boulatignier, Aucoc et Perret, pour le triomphe d'une thèse plus libérale et plus juste [1]. C'est à cette époque seulement qu'après avoir entendu la remarquable discussion de M. le conseiller Brésillon dans son rapport et de M. le commissaire du gouvernement Laferrière dans ses conclusions, la commission faisant fonction de Conseil d'État a renversé cette jurisprudence et a restitué aux citoyens le droit de demander justice à leurs juges naturels des délits de diffamation dont les administrateurs se rendraient coupables envers eux. Cette question a été exposée ici même par des jurisconsultes après lesquels il ne reste rien à en dire [2]; nous ne pouvons pas toutefois la laisser entièrement à l'écart dans une étude spéciale dont elle est un élément essentiel.

40. Si le législateur a considéré la théorie de la séparation des pouvoirs comme une des bases fondamentales de notre droit public et s'il a délégué à l'administration le droit exorbitant de prendre l'initiative de toutes les mesures propres à assurer son indépendance, il a néanmoins, dans certains cas, apporté des limites à ce droit. Dans les instances à fins purement civiles, l'administration peut toujours élever le conflit en se bornant à invoquer le principe de son indépendance. Son droit est absolu. Sa revendication peut n'être qu'un caprice un acte arbitraire; les tribunaux doivent s'incliner, à peine de forfaiture, devant l'ordre de dessaisissement qui leur est envoyé. Mais devant les tribunaux de répression, cette omnipotence, à notre avis regrettable, cesse. Le conflit ne peut jamais être élevé en matière criminelle parce que l'intérêt social exige que le pouvoir judiciaire ne subisse aucune entrave dans la poursuite des attentats aux

[1] Sirey, 8 février 1876, 1, 193 et suiv.
[2] M. Reverchon, t. XXX, p. 112; M. Burin des Roziers, 1871, p. 193.

Digitized by Google

droits des citoyens. En matière correctionnelle, le conflit ne peut être élevé que dans les deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendra à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative (art. 2, ord. de 1828).

41. L'administration avait cru trouver la disposition législative qui lui attribue la répression du délit de diffamation dans l'article 60 de la loi des 14-22 décembre 1789, lequel porte : Si un citoyen croit être personnellement lésé par quelque acte du corps municipal, il pourra exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au directoire du département, qui y fera droit sur l'avis de l'administration du district, qui sera chargée de vérifier les faits. Le Conseil d'État a traduit cette expression « tout citoyen lésé *pourra* exposer ses sujets de plainte » par celle-ci : « tout citoyen *ne pourra qu'exposer* ses sujets de plainte. » Et c'est ainsi que dans le seul but de créer en faveur des membres des conseils municipaux une garantie constitutionnelle à laquelle ils n'avaient aucun droit, puisqu'il ne sont pas agents de gouvernement, le Conseil d'État avait privé tous les citoyens français du droit de les poursuivre devant la juridiction correctionnelle. La lecture seule de ce texte démontre que le recours réservé aux citoyens ne pouvait s'entendre que d'un recours *administratif* proprement dit pour faire réformer les actes préjudiciables à leurs intérêts. C'est bien à l'acte en effet qu'il faut s'attaquer et non à la personne qui l'a fait parce qu'il importe avant tout qu'il ne produise pas ses effets légaux. Mais en quoi cette faculté de poursuivre la suppression de l'acte diffamatoire serait-elle exclusive du droit dérivant des principes généraux de demander devant les tribunaux de droit commun la réparation civile et pénale du délit contenu dans cet acte? Pour cela il faut admettre ou que le législateur a réellement conféré à l'administration le pouvoir de réprimer le délit, ou bien qu'il a établi pour les discussions des conseils municipaux et leurs actes les mêmes immunités que celles réservées aux discours et aux rapports des Chambres législatives.

Digitized by Google

42. En ce qui concerne l'attribution et l'administration d'une compétence spéciale pour la répression du délit, tout proteste contre une semblable interprétation. C'est, d'abord le texte de l'article 61 qui prévoit précisément l hypothèse où un citoyen est victime d'un délit d'administration et qui indique les conditions auxquelles il pouvait, sous l'empire de la loi de 1789, en poursuivre la réparation indépendamment de l'annulation de l'acte constitutif du délit : « Tout citoyen actif pourra signer et présenter contre les officiers municipaux la dénonciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se seraient rendus coupables ; mais avant de porter cette dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'administration ou au directoire de département qui, après avoir pris avis de l'administration de district ou de son directoire, renverra la dénonciation, s'il y a lieu, *devant les juges qui doivent en connaître.* » C'était un mode de garantie constitutionnelle, généralisé par la Constitution de l'an VIII. Le rapprochement de l'article 60 et de l'article 61 prouve que le recours administratif et la poursuite du délit étaient deux droits parfaitement distincts que l'un était du domaine de l'administration, l'autre de celui du pouvoir judiciaire.

Faut-il ajouter que l'administration a reculé elle-même devant les conséquences de sa doctrine? Jamais en effet un conseil de préfecture n'a osé prononcer une peine d'amende ou d'emprisonnement pour délit de diffamation, ni s'approprier le jugement de l'action civile résultant d'un semblable délit. Sa doctrine a abouti à ce résultat, aussi déplorable qu'illégal, de favoriser l'autocratie des conseils municipaux et de sacrifier à leurs passions les droits des citoyens qu'ils voulaient flétrir.

43. Quant à l'hypothèse d'une immunité qui aurait été conférée aux conseils municipaux, il nous paraît impossible de la faire résulter, par voie d'interprétation, ni des lois écrites, ni des principes inhérents à la nature même de cette institution. Le Conseil d'État n'a pu assurer l'impunité des conseils municipaux que parce qu'il était juge des conflits. Un tribunal spécial des conflits n'aurait jamais admis qu'une exception créée limitativement par la Constitution du 24 juin 1793, celle du 5 fructidor an III, et par la loi du

Digitized by Google

17 mai 1819, aux assemblées parlementaires, fût étendue aux conseils municipaux, alors que toutes les lois sur l'organisation municipale gardent le silence sur un semblable privilége. Aussi la Cour de cassation a-t-elle toujours proscrit cette théorie. M. Dalloz argumente des paroles suivantes prononcées par M. Royer Collard à l'occasion de la disposition de la loi de 1819 : « La discussion est le moyen de délibération. Si donc tous les discours tenus dans les Chambres étaient soumis à une action extérieure quelconque, la délibération des Chambres ne serait pas indépendante : or, l'entière et parfaite indépendance des Chambres est la condition de leur existence. C'est pourquoi c'est un axiome du gouvernement représentatif que la tribune n'est justiciable que de la Chambre. Ces considérations, ajoute M. Dalloz, nous semblent rendre sensible qu'il ne s'agit pas là d'un privilége qui ne peut exister que par la volonté expresse du législateur, mais d'une *condition d'existence* qui repousse nécessairement toute solution incompatible avec elle[1]. » On oublie que les conseils municipaux ne sont pas des assemblées politiques et qu'ils n'ont aucun pouvoir disciplinaire comme les Chambres pour réprimer les écarts de leurs membres. Si le principe de libre discussion suffisait pour justifier une dérogation à cet autre grand principe que chacun est responsable de ses actes, il faudrait, pour être logique, étendre l'immunité à toute les commissions qui, à un titre quelconque, délibèrent sur des intérêts généraux.

44. La jurisprudence inaugurée le 7 mai 1871 par la commission faisant fonction de Conseil d'État dans l'affaire T... contre la commission municipale de la commune de Fréjus, recevait une nouvelle consécration. Le 18 mai 1872, la commission provisoire annulait le conflit élevé par le préfet de la Côte-d'Or dans une poursuite correctionnelle pour diffamation contre le maire de Pontailler-sur-Saône[2].

45. Concluons que pour repousser l'exception d'incompétence dans les actions en diffamation exercées contre des membres des conseils municipaux, les tribunaux correctionnels n'auront pas même à se préoccuper des conséquences que

[1] *Répertoire de jurispr.*, v° PRESSE, n° 1155.
[2] *Journal du ministère public*, t. XV, p. 197.

Digitized by Google

l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII a pu avoir sur la disposition de l'article 60 de la loi des 14-22 septembre 1789, puisque le Conseil d'État reconnaît enfin avec la Cour de cassation que le prétendu privilége qu'il faisait résulter autrefois de cette disposition n'existe plus.

46. La commission provisoire du Conseil d'État a appliqué aux arrêtés préfectoraux entachés de diffamation le même principe qu'aux actes émanés des conseils municipaux, en d'autres termes elle a considéré dans deux espèces qui lui étaient soumises que les propositions diffamatoires contenues dans des actes administratifs pouvaient être appréciées par l'autorité judiciaire sans que celle-ci portât atteinte à leur valeur administrative et par conséquent au principe de la séparation des pouvoirs. Ces décisions ont été l'objet des plus vives critiques. Elles ont été rendues en outre contrairement aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Laferrière; aussi n'hésiterons-nous pas à déclarer qu'elles sont susceptibles de controverse au dernier chef et qu'elles révèlent dans la haute juridiction dont elles émanent un esprit de libéralisme et d'impartialité de nature à rassurer le pouvoir judiciaire et à déconcerter les fonctionnaires qui auraient une tendance aux diffamations officielles.

47. Les faits sont bien connus, il faut pourtant les reprendre.

Le 26 décembre 1870, la délégation du gouvernement de la Défense nationale prononce la dissolution des conseils généraux sans faire appel aux électeurs; le journal de l'*Union de l'Ouest*, dans deux articles publiés sous la signature A. de C..., proteste violemment contre le décret qu'il tient pour illégal, attentatoire à la liberté, injurieuse à la nation, et invite les conseils généraux à ne pas obéir. Le 30 décembre, le préfet de Maine-et-Loire prend un arrêté où, après avoir reproduit la protestation, il s'exprime ainsi : « Considérant que ces deux articles constituent une provocation à la désobéissance aux décrets du gouvernement de la Défense nationale, et une excitation à la guerre civile, d'autant plus criminelle qu'elle se produit dans un département directement menacé par l'invasion ; *considérant que le journal l'*Union de l'Ouest *s'est ainsi rendu coupable de connivence avec l'ennemi et de trahison envers la patrie en danger* ;

Digitized by Google

« Vu l'arrêté, en date du 25 novembre dernier, rendu par l'autorité militaire, par lequel le département de Maine-et-Loire a été déclaré en état de guerre, etc.;

« Arrêtons : ... L'article 1er prononce la suspension du journal pour deux mois; l'article 3 ordonne l'affichage de l'arrêté dans toutes les communes du département.

Le 3 janvier, les sieurs de C... et St..., assignent le préfet devant le tribunal correctionnel d'Angers pour délit de diffamation résultant de cet arrêté. Ce tribunal s'étant déclaré incompétent, les demandeurs saisirent pour citation directe la première chambre de la Cour d'Angers. Le préfet proposa un déclinatoire tendant au renvoi de l'affaire devant l'autorité administrative. La Cour repoussa le déclinatoire « attendu, disait-elle, que les plaignants ne demandent à l'autorité judiciaire rien qui puisse infirmer le dispositif de l'arrêté...; que l'arrêté restera intact, et que l'exécution n'en sera nullement entravée; — Attendu que les plaignants ne demandent pas davantage l'annulation des considérants de l'arrêté, lesquels resteront liés au dispositif; qu'ils demandent simplement la réparation d'une diffamation qu'ils prétendent faire résulter de quelques expressions employées dans les considérants de l'arrêté, et surtout de l'affichage dans tout le département de Maine-et-Loire; et que, supposant que la diffamation existe et que la justice la réprime, l'arrêté n'en subsistera pas moins et n'en sera pas moins exécuté, etc.[1]. »

Le 9 février, le préfet prend un arrêté de conflit. Le 3 mars, la Cour d'Angers considère cet arrêté comme contraire à l'article 2 de l'ordonnance de 1828 et passe outre.

48. Le Conseil d'État tranche une question controversée en doctrine, mais sur laquelle la Cour de cassation est d'accord avec cette juridiction. Il annule pour excès de pouvoir l'arrêt du 3 mars parce qu'il n'appartient qu'au gouvernement, en Conseil d'État, de statuer sur la validité d'un arrêté de conflit. Puis statuant sur l'arrêté de conflit, le Conseil d'État accueille la doctrine de la Cour d'Angers; après avoir rappelé les conditions dans lesquelles l'article 2 de l'ordonnance du 1er juin 1828 permet d'élever le conflit, il s'exprime ainsi; « Considérant que l'action exercée dans

[1] Dalloz, 1873, 1, 386 et suiv.

Digitized by Google

l'espèce tendait, *non à faire annuler l'acte administratif* de suspension pris contre les demandeurs, mais à obtenir la réparation du préjudice résultant des faits delictueux qui auraient accompagné cet acte ; qu'une telle action, quoique intentée contre un fonctionnaire public à l'occasion ou dans l'exercice de sa fonction, est, aux termes des lois de 1790, des articles 1, 3, 179 et suivants du Code d'instruction criminelle, 13 et 18 de la loi du 17 mai 1819, de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire, en l'absence d'une disposition qui en défère la répression aux tribunaux administratifs; — Que si, sous l'empire de l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, la poursuite était, en pareil cas, subordonnée à l'autorisation préalable du gouvernement, statuant après avoir entendu le Conseil d'État, cette disposition a été abrogée par le décret du 19 septembre 1870... L'arrêté de de conflit est annulé[1].

49. La Cour de cassation a été appelée à se prononcer à son tour. On peut s'étonner à bon droit que le *pourvoi ait été déclaré recevable.* En effet, en vertu de l'arrêté qui avait annulé le conflit, l'affaire était revenue devant la Cour d'Angers, puis portée devant la Cour d'Orléans pour cause de suspicion légitime. Or, comme on l'a fait remarquer, la décision du Conseil d'État sur la compétence était définitive. L'ordonnance de 1828 ayant fait une énumération limitative des hypothèses dans lesquelles le conflit peut être élevé en matière correctionnelle, la décision qui a invalidé l'arrêté de conflit a cette signification absolue que sous aucun prétexte le pouvoir judiciaire ne pourra être dessaisi[2]. M. le conseiller Barbier, rapporteur, paraissait indiquer cette solution. « La décision du Conseil d'État, disait-il, a une grande importance au point de vue de la solution de la question que le premier moyen du pourvoi vous propose de résoudre. Vous vous demanderez si cette question n'a point été definitivement résolue par la plus haute autorité administrative à laquelle la loi donne le pouvoir de statuer sur les conflits d'attribution, et si, quand cette autorité a proclamé la compétence exclusive de l'autorité judiciaire sur le litige qui vous est soumis, le demandeur est fondé aujour-

[1] Dalloz, 1872, 3, 18.
[2] V. note de M. Cazalens, Dalloz, 1873, 1, 289.

Digitized by Google

d'hui à discuter cette compétence et à soutenir que la Cour d'Orléans n'a retenu la connaissance de l'affaire que par suite d'un excès de pouvoir[1]. » La question a une importance pratique qu'il est inutile de faire ressortir. Il est impossible d'admettre un plaideur à renouveler entièrement un débat qui est couvert par la chose jugée et de supposer même que la Cour de cassation puisse prononcer sur la question de compétence une solution différente de celle de l'autorité chargée de régler les conflits, puisqu'il y aurait alors deux décisions contraires pour le règlement desquelles il n'existerait plus de juridiction.

50. Les critiques élevées contre la compétence de l'autorité judiciaire se résument en quelques points très-simples. L'arrêté de suspension pris par le préfet est un acte administratif dont il n'appartient pas au tribunal correctionel de briser l'unité. Les motifs et le dispositif sont inséparables. Mutiler les considérants de cet acte, le disséquer phrase par phrase pour y trouver l'expression d'une diffamation, c'est pénétrer dans les agissements de l'administration, analyser ses appréciations, paralyser son action. Le procédé est une atteinte d'autant plus audacieuse contre sa liberté, que les arrêtés de suspension sont de véritables sentences administratives dont les motifs relèvent l'imputation d'un délit ou d'un crime et sont nécessairement diffamatoires. Permettre à un tribunal de peser les expressions du juge administratif et d'apprécier si elles définissent exactement les griefs reprochés au journaliste; conclure de certaines qualifications qu'elles sont excessives et partant qu'elles révèlent une intention malveillante, n'est-ce pas encourager un intolérable empiétement sur les attributions administratives? Ici il ne s'agit pas d'un acte matériel, d'un attentat à la liberté dont l'illégalité éclate à tous les yeux, mais d'un délit qui ne se caractérise que par les exagérations d'une rédaction plus ou moins rapide et par des nuances souvent insaisissables.

51. L'éminent rapporteur du pourvoi a répondu avec une grande autorité à ce système: « On peut concéder qu'en principe les motifs d'un arrêté de suspension sont nécessairement blessants pour celui qui en est l'objet, sans accorder

V. note de M. Cazalens, Dalloz, 1873, 1, p. 293.

Digitized by Google

en même temps qu'il sera loisible à l'auteur de l'arrêté d'envenimer la blessure *en dehors de la nécessité légale*, soit par une publicité trop retentissante, soit même par un excès de forme pour la rédaction des motifs qui servent de préambule à l'arrêté. Si cette restriction au droit du fonctionnaire n'était pas admise; si la théorie du pourvoi était absolument vraie, et si la nécessité de motiver l'arrêté couvrait et excusait tout, nous nous demandons quelle serait la ressource des citoyens contre les excès de zèle des fonctionnaires agissant dans leurs fonctions, et contre l'exercice abusif de leur redoutable pouvoir. Nous nous demandons ce que deviendrait le recours que la loi leur a toujours ouvert contre de tels abus, et que, de nos jours, elle a entendu rendre plus facile que jamais, en levant toutes les entraves que la Constitution de l'an VIII apportait à l'exercice du droit des particuliers. »

52. Comment dénierait-on aux tribunaux le droit de rechercher si le fonctionnaire investi d'une puissance qu'il doit employer uniquement dans l'intérêt public ne s'est pas laissé égarer par l'esprit de parti ou par des rancunes personnelles jusqu'à user de cette puissance pour se venger d'un ennemi politique. Il est regrettable que l'arme du conflit puisse être maniée dans son propre intérêt par celui-là même dont les actes sont dénoncés comme ayant été inspirés pas la malveillance. L'arrêté de conflit est un acte de haute justice administrative qui tend à diminuer le pouvoir des juges de droit commun au profit d'une juridiction exceptionnelle. Il doit être justifié par une impérieuse nécessité. Le fonctionnaire dont il émane est présumé par la loi être capable de s'élever dans la sphère sereine de l'impartialité, de l'abnégation de tout sentiment personnel et de respect inaltérable, dû à l'indépendance des pouvoirs publics sans laquelle la hiérarchie des juridictions ne peut exister. Or supposer que le fonctionnaire traduit devant la juridiction correctionnelle, menacé d'une peine pécuniaire, ne cherchera pas, s'il a commis un excès de pouvoir, à transporter le litige devant l'autorité administrative dans l'espoir qu'elle appréciera ses actes avec plus d'indulgence et avec l'esprit de solidarité gouvernementale, n'est-ce pas trop présumer de la sagesse et de la faillibilité humaine?

Digitized by Google

53. On ne peut se dissimuler combien est délicate et périlleuse l'investigation de l'autorité judiciaire lorsqu'elle s'exerce sur la limite presque idéale du domaine des deux puissances. C'est un terrain brûlant où elle doit appeler à son aide la modération, la sagesse et la fermeté. Mais n'est-ce pas aussi par ces difficultés que grandit la mission des tribunaux? N'est-ce pas par le soin jaloux avec lequel ils résistent aux entraînements qu'ils imposent le respect dans un temps où nulle institution n'échappe au dénigrement systématique? Le Conseil d'État a vu le péril. Le passé enseigne que les appréciations du fonctionnaire public et du magistrat procèdent d'errements opposés, que la divergence des habitudes des corps auxquelles ils appartiennent, bien qu'elle tende manifestement à disparaître dans les temps non troublés, peut amener une interprétation différente ; mais le Conseil d'État, surmontant les défiances injustes qu'inspire la magistrature, a pensé qu'il était plus prudent de la laisser exercer sa souveraineté que de la paralyser par les entraves d'un examen préjudiciel qui ressemblerait trop à la garantie constitutionnelle.

D'ailleurs, la renonciation de l'autorité administrative à intervenir dans certains cas déterminés n'est pas une abdication. Son droit de surveillance reste entier, et elle se départira quand elle le jugera à propos de son abstention si elle lui paraît compromettante pour ses intérêts.

54. Comme le Conseil d'État, la Cour de cassation a nettement marqué la nuance juridique que nos adversaires s'obstinent à ne pas voir : — « Attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt attaqué *n'a ni interprété ni apprécié cet acte administratif qui a reçu son entière exécution;* — Qu'il a seulement, étant saisi de la poursuite d'un délit, cherché les éléments de ce délit dans les motifs énoncés à l'appui de l'arrêté et dans la publicité qui lui a été donnée, et qu'il a trouvé dans ces deux éléments une atteinte portée à l'honneur et à la considération des plaignants; — Attendu, en droit, *que si la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire est un principe essentiel de notre droit public*, et si, aux termes des lois des 16-24 août 1789 et 16 fructidor an III, il est fait défense aux tribunaux de connaître des actes d'administration, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent, lorsqu'ils sont saisis de la

Digitized by Google

poursuite d'un délit, apprécier *les faits qui se rattachent à ces actes, les motifs qui leur ont servi de base* et la responsabilité qui peut en résulter ; — Attendu que ce droit ne peut être dénié aux tribunaux sans rendre illusoire le recours des citoyens à la justice ; — Que ce droit leur appartenait même sous l'empire de l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, et qu'il n'en saurait être autrement depuis que l'abrogration de cet article, prononcée par le décret du 19 septembre 1870, a eu pour effet de restituer aux citoyens le droit de saisir directement les tribunaux des demandes en réparation du préjudice que les procédés arbitraires ou excessifs des fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions, ont pu leur faire éprouver, etc.[1]. »

55. Si l'on voulait la preuve qu'il est d'une grande habileté en même temps que d'une grande moralité gouvernementale de laisser la justice civile protéger en toute liberté l'honneur des citoyens et réprimer les excès des fonctionnaires, on la trouverait dans un autre procès intenté, comme le précédent, contre le préfet de Maine-et-Loire. Si l'arrêté pris par ce fonctionnaire contre une feuille publique devait se justifier par des imputations dont la forme pouvait être différemment appréciée, il n'en saurait être de même quant à celui qu'il employa pour nommer un titulaire à un bureau de tabac vacant : — « Considérant, disait le préfet dans un arrêté du 3 novembre 1870, qu'un bureau de tabac est actuellement vacant à Angers, dans la rue Saint-Aubin, par le décès du sieur D... ; — Considérant que ce bureau avait été donné au sieur D..., agent de police, en récompense des services extraordinaires qu'il avait rendus au régime impérial comme *dénonciateur ;* — Considérant que la République doit venir en aide aux hommes qui, lors du 2 décembre 1851, ont été victimes de leur fidélité aux principes démocratiques et de leur résistance au coup d'État ; — Considérant que le sieur M..., imprimeur à Angers et rédacteur en chef du *Précurseur de l'Ouest*, a été frappé dans sa fortune par la destruction de ses presses et dans sa personne par une sentence de prescription prononcée contre lui par la commission mixte du département de Maine-et-Loire ; — Considérant

[1] Ch. crim., 25 janvier 1873, Dalloz, 73, 1, 293.

Digitized by Google

qu'il importe de réparer, autant que possible, le préjudice causé par les iniquités accomplies sous l'Empire, etc.[1]. »

La veuve D... trouva que s'il convenait à M. le préfet de la dépouiller du bureau de tabac en faveur des époux M... et d'exalter leurs sentiments démocratiques, il était au moins inutile de flétrir la mémoire de son mari de *dénonciateur* et de publier cette offense. Elle actionna le délinquant devant le tribunal civil. Le préfet excipa de la séparation des pouvoirs. Le tribunal lui démontra que si l'imputation injurieuse était matériellement liée à un acte administratif, en réalité elle était absolument distincte de cet acte; que pour transférer un bureau de tabac vacant au sieur M..., il était inutile de qualifier l'ancien titulaire de *dénonciateur*. Le préfet ne voulut pas comprendre. La séparation des pouvoirs, plus avantageuse à ses yeux que la garantie constitutionnelle, lui parut être un palladium contre les excès de pouvoir les plus éclatants Il éleva le conflit. Le Conseil d'État dut annuler l'arrêté de conflit et renvoyer ce fonctionnaire aux juges qu'il avait dessaisis.

56. On a reproché à la plupart des arrêts rendus par la Cour suprême, en cette matière, leur laconisme et leur obscurité. Leur rédaction trahit l'embarras résultant de l'absence de principes fixés et certains. Les tribunaux y chercheront vainement des formules pour savoir dans quelles limites leur droit d'appréciation doit se mouvoir. Ils y trouveront néanmoins quelques termes de comparaison utiles. La sagacité des annotateurs s'est exercée à faire la synthèse de ces arrêts, et l'on peut dire que, si incomplètes que soient les règles déduites des premiers tâtonnements de la jurisprudence, celles-ci n'en sont pas moins une précieuse conquête pour les citoyens.

On a essayé d'établir une distinction entre l'*excès* de pouvoir qui implique ou la violation manifeste des limites légales de l'autorité ou l'usurpation même de l'autorité et l'*abus* de pouvoir qui résulte de l'usage erroné de l'autorité, c'est-à-dire d'une imprudence ou d'une faute[2].

Et, d'abord, il paraît certain que lorsque le fait imputé au fonctionnaire constitue un crime, un délit ou une contra-

[1] V. Dalloz, 1872, 3, 18.
[2] V. note Dalloz, 1876, 1, 289.

Digitized by Google

vention caractérisés, les actes de cette nature n'étant pas des actes administratifs, il n'y a pas lieu de recourir à l'autorité administrative. A plus forte raison en serait-il ainsi si à l'époque où les faits incriminés se sont accomplis le fonctionnaire n'avait pas reçu l'investiture officielle. La plupart des arrêts d'où l'on déduit cette règle ont statué sur des attentats à la liberté individuelle (art. 114 C. pén.).

Si le délit paraît se confondre avec un acte de la fonction, il n'est pas interdit à l'autorité judiciaire de le mettre en relief pourvu qu'elle ne porte pas atteinte à l'acte administratif. Tel est le délit de diffammation qui trouve place dans un arrêté administratif.

Si l'action en responsabilité est fondée sur une faute du fonctionnaire, il est impossible de déterminer une règle absolue. Les tribunaux doivent chercher à discerner avec le plus grand soin et une entière indépendance si la faute de l'agent dérive de l'exercice proprement dit de la fonction, ou emprunte à celle-ci une relation trompeuse. Dans le premier cas, ils attendront l'interprétation de l'administration sur la légitimité de l'acte; dans le second, ils statueront sans se préoccuper des questions préjudicielles jusqu'à ce que le conflit les dessaisisse.

« Si le fait n'est constitutif que d'une faute, a dit M. l'avocat général Blanche, que devra faire l'autorité judiciaire? Je lui laisserai assurément une certaine latitude dans l'examen des faits; je ne crois pas qu'elle doive surseoir à statuer par cela seul que l'agent prétendra qu'on veut le rendre personnellement responsable d'un acte rentrant dans le domaine de ses devoirs. Non, l'autorité judiciaire examinera; et, s'il est manifeste que, sans empiéter sur le domaine administratif, on peut reconnaître que le fait est une faute personnelle de l'agent, elle devra statuer sur-le-champ. Si, au contraire, la question est difficile, s'il faut, pour la résoudre, pénétrer dans la fonction même de l'agent, en étudier les droits et les obligations, je crois que l'autorité judiciaire devra, non pas se déclarer incompétente, mais surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité supérieure se soit prononcée sur le caractère de l'acte qui donne lieu à l'action. Si l'administration déclare que le fait est administratif, qu'il rentrait dans les obligations, dans les droits de l'agent, il n'appartiendra alors qu'à elle de prononcer sur les conséquences de ce fait, et cela

Digitized by Google

par plusieurs raisons : d'abord, parce que l'autorité judiciaire ne peut pas pénétrer dans le domaine administratif, c'est l'État lui-même qui devient responsable, et qu'il n'appartient pas au moins, en général, à l'autorité judiciaire de déclarer l'État débiteur. Si, au contraire, l'administration supérieure dégage sa responsabilité en déclarant que le fait n'est pas administratif, qu'il ne rentre ni dans les droits ni dans les obligations de l'agent, qu'il constitue à la charge de celui-ci une faute personnelle, les parties reviendront devant l'autorité judiciaire, qui, n'ayant prononcé qu'un sursis, statuera sur le fond du litige. »

56 *bis*. Il a été fait application de cette doctrine dans un arrêt récent de la Cour de Dijon. Je cite ce document judiciaire parce qu'il pose nettement la différence qui existe entre un acte administratif et celui qui ne saurait prétendre à ce caractère et aux priviléges qui y sont afférents.

La Cour, attendu que si l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII n'a rien modifié au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, en vertu duquel les tribunaux civils ne peuvent connaître des actes administratifs, ces tribunaux ont le droit *d'examiner les actes faits par les fonctionnaires, afin de déterminer s'ils constituent réellement des actes administratifs échappant à leur juridiction ;* — Attendu *que l'acte administratif proprement dit est, non celui que le fonctionnaire fait, mais celui que la loi l'autorise à faire ;* — Qu'en dehors de cette faculté conférée par la loi, des prescriptions édictées pour la sûreté des personnes et des choses, il n'y a plus un acte administratif, mais un *abus de la fonction, un fait personnel à l'agent qui le rend responsable dans les conditions ordinaires du droit commun ;* — Qu'il importe d'autant plus de maintenir à l'acte administratif ce caractère, que les fonctions publiques y trouvent leur dignité et les intérêts des citoyens leur sauvegarde; — Attendu que le droit de police rurale, attribué au maire par l'article 10 de la loi des 18-22 juillet 1837, ne saurait constituer un droit donnant pouvoir de disposer arbitrairement d'une part quelconque des propriétés privées, mais qu'il consiste essentiellement à faire exécuter les lois et règlements qui le délimitent et le précisent; — Attendu que spécialement en matière d'élagage des arbres dont les branches avanceraient sur le sol des chemins vicinaux, les attributions des maires sont

Digitized by Google

fixées par l'arrêté réglementaire pris par le préfet de Saône-et-Loire, à la date du 20 décembre 1871, approuvé par le ministre, le 24 février 1872, et régulièrement publié; — Attendu que cet arrêté porte que « les arbres, les branches, « les haies et les racines qui avanceraient sur le sol des « chemins vicinaux seront coupés à l'aplomb de ces che- « mins, à la diligence les propriétaires ou fermiers (art. 192). « Si le propriétaire ou le fermier négligeait ou refusait de se « conformer aux dispositions qui précèdent, il en sera « *dressé procès-verbal*, pour être statué par l'autorité compé- « tente » (art. 193); — *Attendu que ce sont là des dispositions claires, précises, qui n'ont pas besoin d'interprétation, mais qui veulent seulement être appliquées;* — Que le sieur Moine, maire de la commune de Collanges, sans que procès-verbal eût été dressé et sans décision de l'autorité compétente, a donné à des ouvriers l'injonction de pénétrer dans la propriété du sieur Chamoy, et que, là, il a fait élaguer, couper, étêter de nombreux arbres fruitiers ou à haute tige; qu'en agissant ainsi, il sortait de ses attributions et commettait un acte dont la responsabilité pouvait et devait être appréciée par les tribunaux civils; — Que c'est donc à tort que les premiers juges ont sursis à statuer sur l'action en dommages-intérêts portée devant eux, etc. [1].

56 *ter*. En résumé, le principe de la séparation des pouvoirs est atteint par le décret bien moins profondément qu'on ne le craignait. En toute matière, si ce n'est au grand criminel, le droit de l'administration est aussi rigoureusement protégé qu'elle puisse le désirer. Toutes les fois, en effet, qu'elle croira son action menacée sérieusement, elle est maîtresse absolue d'élever le conflit et d'enlever au pouvoir judicaire la connaissance de ses actes, afin de les apprécier préjudiciellement. Au grand criminel nous reconnaissons que la séparation des pouvoirs peut être violée et qu'elle n'a d'autre sauvegarde que le respect des Cours d'appel, des Cours d'assises et de la Cour suprême pour les principes constitutionnels. PAUL BERNARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

[1] Cour de Dijon 15 décembre 1876, *Gazette des tribunaux* du 28 décembre 1876.

Digitized by Google

LA LOI DES 5-16 JUIN 1875

SUR LE RÉGIME DES PRISONS DÉPARTEMENTALES.

Par M. R. Garraud, agrégé à la Faculté de droit de Lyon.

Les peines qui privent l'homme de sa liberté, surtout les peines temporaires, ne doivent pas être seulement répressives; autant que possible, il faut les rendre correctionnelles. Sans doute, la disparition complète du crime est un but qui dépasse l'action de la loi; nous aurons toujours des criminels comme « nous aurons toujours des pauvres » parmi nous. Tout ce que la société a le droit d'espérer et la mission de poursuivre, c'est la réduction progressive du nombre des crimes. Tel est le but et le desideratum de toute législation pénale.

Nous en rapprochons-nous? Depuis cinquante ans, le nombre des délits va croissant d'année en année; — c'est un fait que constatait, dans une circonstance récente, le président du conseil supérieur des prisons, M. Bérenger. — On ne comptait, en 1825, que 65,000 individus poursuivis pour crimes ou délits; nos dernières statistiques en accusent près de 150,000. Leur nombre a donc presque triplé depuis cette époque. Sans doute, « le développement des intérêts, l'affai-« blissement des croyances religieuses, en même temps que « l'extension des moyens d'investigation dont dispose aujour-« d'hui la justice » ont concouru à ce développement de la criminalité. Mais notre législation pénale a-t-elle fait tout ce qu'il fallait pour mettre une digue à ce sinistre débordement? — La loi criminelle, en effet, dans sa lutte contre le crime, peut user de moyens préventifs, comme de moyens répressifs. — Qu'elle organise une police administrative et judiciaire sérieuse et, en ôtant aux coupables l'espoir de l'impunité, elle diminuera leur nombre; qu'elle cherche à allier dans la peine la moralisation à la répression, et elle arrêtera la récidive, ce fléau de l'ordre social; — enfin qu'elle fixe un temps d'épreuve entre la prison et la liberté, et elle rendra cette transition moins dangereuse pour la société. Voilà les moyens préventifs. — S'ils n'ont pas arrêté le criminel, que la justice le frappe et le frappe d'autant plus fort qu'il s'est fait du crime

Digitized by Google

une habitude et que, déjà condamné, il n'a pas tenu compte de cet avertissement.

L'organisation de ces mesures tient aux questions *pénitentiaires* en même temps qu'aux *questions pénales*, questions qui ont une égale importance, s'il est vrai, comme l'a prétendu Livingston, que toute législation qui édicte des peines est incomplète et presque impuissante si elle ne statue, en même temps, par des dispositions spéciales et détaillées, sur le mode d'exécution de ces peines. L'Assemblée nationale de 1871 s'est préoccupée de ces questions dans deux lois importantes : la loi du 23 janvier 1874 sur la surveillance de la haute police qui a modifié les articles 47 à 49 du Code pénal et la loi du 5 juin 1875 sur le régime des *prisons départementales* qui a substitué, dans ces établissements, le régime de l'emprisonnement individuel au régime de l'emprisonnement en commun.

Jusqu'ici la France a essayé de résoudre le problème pénitentiaire par la combinaison de deux procédés : — la *transportation*, avec ou sans travaux forcés, pour les crimes les plus graves; — l'*emprisonnement avec isolement de jour et de nuit*, pour certains délits correctionnels.

C'est en 1854, à l'époque même où l'Angleterre abandonnait ce système, que le gouvernement français essaya de la transportation. Je ne veux pas examiner si les essais d'application de ce régime ont répondu aux espérances. Il semble que Bentham avait fait d'avance l'histoire de nos colonies pénales lorsqu'il refusait à la transportation tout caractère exemplaire, quand il prédisait l'emploi forcé de moyens terribles pour maintenir l'ordre parmi les transportés, quand il niait enfin la possibilité d'une colonisation avec des hommes déjà flétris par le vice et condamnés par la justice. Deux rapports au ministre de la marine, l'un publié en 1867, l'autre en 1869, ont révélé les premiers effets de la transportation. A la Guyane d'abord, peu de chose ou plutôt presque rien n'a été fait. Les rapports indiquent que, malgré les efforts dignes de tous éloges des pères de la compagnie de Jésus, la réforme des condamnés n'a jamais été sérieuse; ils constatent qu'après avoir aboli les châtiments corporels, prévus par la vieille ordonnance sur les chiourmes, on a été obligé de les rétablir. A la Nouvelle-Calédonie, dont le climat est cepen-

Digitized by Google

dant plus favorable, les efforts de l'administration sont restés à peu près stériles. Il semble, en un mot, que la transportation n'ait pas donné des résultats proportionnés aux frais qu'elle entraîne.

Qu'il me suffise, du reste, de remarquer qu'au point de vue pénitentiaire, la transportation est dépourvue de tout caractère exemplaire. Ce qui le prouve, c'est le nombre de crimes commis par les détenus dans le but de se soustraire au régime de la prison et de se faire condamner aux travaux forcés, dont le régime leur paraît moins dur que celui de la maison centrale. Ces crimes suivent une progression si marquée, que l'attention du conseil supérieur des prisons a été appelée sur ce point dans sa dernière session ; et, pour faire cesser un pareil scandale, la commission d'études, par l'organe de son rapporteur, M. Fernand Desportes, propose de décider, qu'en pareil cas, le prisonnier ne subira la seconde peine qu'après l'expiration de la première et qu'il sera étroitement séquestré pendant la durée de cette première peine. Sans insister sur cette observation, je constate, du reste, que les lois de 1850 et de 1854 ne s'occupaient de la question pénitentiaire que dans ses rapports avec les crimes les plus graves, ceux que le Code pénal punit de la peine des travaux forcés ou de la déportation ; restaient en dehors de son œuvre les peines de la reclusion et de l'emprisonnement correctionnel, et c'est parmi les condamnés de cette catégorie que se recrutent surtout les récidivistes. On se rappelle que, il y a près de cinq ans, M. Turquet, député de l'Aisne, entretenant l'Assemblée nationale du déplorable état de la prison Saint-Lazare, M. d'Haussonville déposa à cette occasion une demande d'enquête sur l'état de nos établissements pénitentiaires. Une résolution fut prise dans ce sens par l'Assemblée, le 25 mars 1872. En conséquence, une grande commission parlementaire fut nommée, et après une enquête des plus sérieuses, un rapport rédigé en son nom par M. d'Haussonville..

Cet important document, qui occupe plus de 200 colonnes du *Journal officiel*, contient un examen approfondi et complet de la question pénitentiaire ; il ne conclut pas, du reste, à une réforme générale de nos prisons, mais seulement à la transformation des prisons départementales pour l'application de l'emprisonnement individuel. A la suite de ce rapport, la

Digitized by Google

commission parlementaire a élaboré et soumis à l'Assemblée un projet de loi; le rapport en a été confié à M. Bérenger, de la Drôme. La première délibération de la loi a eu lieu le 13 juillet 1874, la deuxième le 7 janvier 1875, la troisième les 2, 3, 4 et 5 juin 1875; l'adoption est de cette dernière date. Devant l'assemblée et dans la discussion, les adversaires de la loi se sont partagés en deux camps : — d'abord, sans attaquer le régime de l'emprisonnement individuel, plusieurs orateurs avaient demandé à l'Assemblée d'écarter provisoirement la loi; était-il possible, dans la situation politique, d'accorder à une discussion aussi importante le temps et l'attention nécessaires? Ne valait-il pas mieux la réserver pour des temps meilleurs? — D'autres orateurs ont attaqué, dans son principe même, le régime de l'emprisonnement individuel. Il soulève, en effet, un problème dont il a été beaucoup question dans la discussion de la loi. Quels effets une reclusion prolongée exerce-t-elle sur le corps et le cerveau des détenus qui y sont soumis? Les expériences qui ont été faites jusqu'ici semblent avoir fourni des données contradictoires. Le premier médecin du pénitencier d'Auburn déclarait que la vie sédentaire et isolée, de quelque circonstance qu'elle fût accompagnée, entraînait avec elle toutes les passions débilitantes et hâtait, quand elle ne le provoquait pas, le développement de la phthisie pulmonaire. D'autre part, Esquirol, Paris et Lelut sont arrivés à cette conclusion que la mortalité des prisons cellulaires restait inférieure à la mortalité de nos maisons centrales. La question a paru tranchée en ce sens et l'Assemblée, sans s'arrêter à ces objections, a voté la loi à une grande majorité.

Trois points sont réglés dans les quelques articles dont elle se compose : le régime des inculpés, prévenus et accusés (art. 1); le régime des condamnés (art. 2 à 5); les voies et moyens (art. 5 à 7).

I

En droit, on distingue la détention à titre de mesure préventive, et la détention à titre de peine. Le Code d'instruction criminelle prescrivait la séparation, dans des établissements distincts, des *prévenus* et des *condamnés* : « Indépendamment des prisons établies pour peines », il devait y avoir, « dans

Digitized by Google

chaque arrondissement, près du tribunal de première instance, une maison d'arrêt pour y retenir les prévenus; et près de chaque Cour d'assises, une maison de justice pour y retenir ceux contre lesquels il aurait été rendu une ordonnance de prise de corps ». Les maisons d'arrêt et de justice devaient être entièrement distinctes des prisons établies pour peines. Telles étaient les dispositions des articles 603 et 604 du Code d'instruction criminelle, dispositions qui sont toujours restées lettres mortes dans la pratique. En fait, la détention préventive a toujours été subie dans les prisons départementales; sans doute, la plupart contenaient un quartier des prévenus à côté du quartier des condamnés; mais, d'abord cette séparation n'était pas matériellement realisée dans toutes les prisons départementales, l'eût-elle été, elle n'aurait pas suffi. Le quartier des prévenus renferme, surtout dans les grandes villes, à côté des individus inculpés pour la première fois, les criminels d'habitude, les gens abjects, mendiants, filles publiques, etc. Aussi pour les prévenus à qui leur position sociale, leur éducation rendraient ce contact plus particulièrement odieux, presque toutes les prisons renferment des chambres spéciales, de véritables cellules que l'on appelle *pistoles*. Ce qui n'est que l'exception deviendra la règle au fur et à mesure de la transformation des prisons départementales : « Les inculpés, prévenus et accusés seront, à l'avenir, individuellement séparés pendant le jour et la nuit. » (Art. 1.) La loi qualifie le régime des inculpés, prévenus et accusés de régime de la *séparation individuelle*, pour bien marquer la différence qu'elle établit entre la détention *préventive* et la détention *pénale*.

II

L'Assemblée nationale, qui voulait modifier l'exécution des peines préventives de liberté, en substituant l'emprisonnement cellulaire à l'emprisonnement en commun, avait l'un de ces trois partis à prendre; — elle pouvait introduire le régime cellulaire dans les maisons centrales et les prisons départementales, y soumettre, par conséquent : 1° les condamnés à la reclusion; 2° les condamnés aux travaux forcés qui, à

Digitized by Google

raison de leur sexe ou de leur âge, subissent leur peine dans les maisons centrales; 3° enfin les condamnés à un emprisonnement correctionnel, quelle qu'en soit la durée,— elle pouvait encore, sans aller aussi loin dans la voie d'une réforme, transformer les prisons départementales en prisons cellulaires pour l'exécution de l'emprisonnement correctionnel d'un an et au-dessus, — enfin s'en tenir à une réforme bien plus modeste, et n'appliquer le régime cellulaire qu'aux condamnés correctionnels d'un an et un jour et au-dessous, les seuls qui subissent aujourd'hui leur peine dans les prisons départementales.

C'est à ce *minimum* de réforme que s'est arrêtée l'Assemblée : « Seront soumis à l'emprisonnement individuel les « condamnés à un emprisonnement d'un an et un jour et au-« dessous. Ils subiront leur peine dans les maisons de cor-« rection départementales. » (Art 2.)

L'Assemblée nationale n'a jamais songé et ne pouvait songer à appliquer le régime cellulaire à l'exécution de la peine de la reclusion : une pareille réforme eût entraîné la transformation matérielle de nos maisons centrales et les impossibilités pratiques, ainsi que les difficultés financières l'auraient arrêtée dans cette voie. Mais ne convenait-il pas au moins d'étendre le régime cellulaire aux emprisonnements correctionnels de toute durée? Légalement, l'emprisonnement correctionnel devrait se subir dans les maisons de correction départementales; c'est l'ordre de la loi : « *Quiconque* aura été condamné à la peine de l'emprisonnement, porte l'article 40 du Code pénal, sera renfermé dans une maison de correction. » Ce n'est qu'au grand détriment des condamnés qu'on les enlève à leur pays, à leur famille, à toutes les influences morales que ces deux choses supposent, pour les déporter dans une maison centrale. La première réforme à faire aurait dû être de rendre les maisons centrales et les prisons départementales à leur destination respective, en réservant les premières aux reclusionnaires, les secondes aux correctionnels. Cette réforme n'eût pas entraîné beaucoup plus de frais que n'en entraînera l'exécution de la loi de 1875, puisque le résultat de la loi, même *avec un minimum de réforme*, sera toujours une reconstruction ou tout au moins une appropriation de nos prisons départementales. Au contraire, avec le système qui

Digitized by Google

a définitivement prévalu, on exécutera différemment des peines de même nature, on soumettra les condamnés d'un an et un jour et au-dessous au régime cellulaire, tandis qu'on laissera les condamnés de plus d'un an et un jour sous le régime de l'emprisonnement en commun; avec un pareil système, on distingue là où la loi ne distingue pas, on rend plus dure, dans son exécution, la peine la plus courte, on donne, le mot a été dit, « *une prime aux délits les plus importants* ». Ces observations ont été faites; elles n'ont pas modifié le système général du gouvernement et de la commission. Mais on a donné satisfaction dans une certaine mesure à cette opinion, par la disposition qui forme l'article 4 de la loi :

« Les condamnés à um emprisonnement correctionnel de « plus d'un an et un jour pourront, sur leur demande, être « soumis au régime de l'emprisonnement individuel. Ils se- « ront dans ce cas maintenus dans les maisons de correction « départementales, jusqu'à l'expiration de leur peine, sauf « décision contraire prise par l'administration, sur l'avis de « la commission de surveillance de la prison. »

Ainsi la loi de 1875 *veut* que les condamnés à un emprisonnement d'un an et un jour et au-dessous subissent leur peine dans les prisons départementales, sous le régime de la séparation individuelle de jour et de nuit; elle *désire* aussi que les correctionnels de plus d'un an et un jour demandent l'application de ce régime. L'emprisonnement cellulaire est donc aujourd'hui le mode obligatoire d'exécution des condamnations à un emprisonnement d'un an et un jour et au-dessous, le mode facultatif pour des peines supérieures à un an et un jour.

Facultatif, en quel sens? En ce sens d'abord que le condamné à un emprisonnement correctionnel de plus d'un an et un jour ne pourrait pas, contre sa volonté, être soumis au régime cellulaire; on l'a contesté, et il est certain que la pratique est en sens contraire, mais ce qui prouve l'illégalité de ces mesures, c'est la disposition de l'article 614 du Code d'instruction criminelle ainsi conçue : « Si quelque prison- « nier use de menaces, injures ou violences, soit à l'égard « du gardien ou de ses préposés, soit à l'égard des autres « prisonniers, il sera, sur les ordres de qui il appartiendra, « resserré plus étroitement, *enfermé seul*, même mis aux fers

Digitized by Google

« en cas de fureur ou de violence grave, sans préjudice des « poursuites auxquelles il pourrait avoir donné lieu. » L'emprisonnement *isolé* est donc une *aggravation* de la peine, il ne peut être employé que comme mesure disciplinaire. Du reste, l'article 3 de la loi de 1875 nous paraît formel, en ce sens, puisqu'il nous dit que l'emprisonnement cellulaire ne peut être appliqué aux correctionnels de plus d'un an et un jour que « *sur leur demande* ».

L'application de ce régime aux condamnés de plus d'un an et un jour est-elle aussi facultative pour l'administration? Peut-elle, en un mot, rejeter la requête d'un correctionnel de plus d'un an et un jour demandant à subir sa peine en cellule? La question a une grande importance pratique; les demandes de cette espèce ne seront pas rares de la part de condamnés qui voudront profiter du bénéfice de l'article 4 de la loi. Aussi devons-nous expliquer cette disposition avant de dire un mot de la question qui nous occupe.

« La durée des peines subies sous le régime de l'emprison- « nement individuel sera de plein droit réduite d'un quart. « La réduction ne s'opérera pas sur les peines de trois mois « et au-dessous. Elle ne profitera, dans le cas prévu par l'ar- « ticle 3, qu'aux condamnés ayant passé trois mois consécu- « tifs dans l'isolement et dans la proportion du temps qu'ils « y auront passé. »

Il faut combiner cette disposition avec les articles 2 et 3 de la loi. En réalité, d'après la même loi et pour la même peine, il y a coexistence des deux modes d'exécution, l'emprisonnement individuel pour les correctionnels d'un an et un jour et au-dessous, l'emprisonnement en commun pour les correctionnels de plus d'un an et un jour, le premier que la loi considère comme plus rigoureux que le second, avec cette faculté toutefois pour les correctionnels de plus d'un an de demander l'application du régime cellulaire. Mais pour les uns comme pour les autres, la peine subie sous ce régime est de plein droit réduite d'un quart.

Cette réduction ne profite pas seulement aux correctionnels condamnés *avant* la promulgation de la loi de 1875, elle profite à tous ceux qui *seront condamnés par les tribunaux correctionnels*, c'est-à-dire que la loi nouvelle, en changeant le mode d'exécution des peines de police correctionnelle, a

Digitized by Google

changé par cela même leur *durée* et qu'en procédant à une *réforme pénitentiaire* on est bien près d'avoir procédé à une *réforme pénale*.

Au point de vue de la mesure de cette réduction et de la manière de la calculer, la loi de 1875 s'est écartée du système belge auquel avait été empruntée l'idée même de la réduction. La réduction en Belgique n'est pas seulement *proportionnelle* à la durée de la peine, elle est encore *progressive* et augmente à raison de la gravité de celle-ci. Ainsi la durée des peines est réduite des trois douzièmes pour la première année, des quatre douzièmes pour les deuxième, troisième, quatrième et cinquième années ; des cinq douzièmes pour les sixième, septième, huitième et neuvième années, etc.; de plus, la réduction ne s'opère pas sur le premier mois de la peine [1]. La loi française, amie de la simplicité, a craint d'altérer, par des combinaisons trop compliquées, la clarté de son système; d'une manière générale, elle réduit d'un quart toute peine subie sous le régime cellulaire. Mais, dans les lois et surtout dans les lois pénales, la simplicité est souvent l'ennemie de la clarté. Or, la disposition qui nous occupe est loin d'être claire.

La réduction du quart doit-elle profiter au condamné quelle que soit la durée de sa peine? Doit-il y avoir au contraire une limite au-dessous de laquelle la réduction ne s'étendra pas? L'article 4 pose deux limites au système de la réduction :

a) « La réduction ne s'opérera pas sur les peines de trois mois et au-dessous. » On risquait, en effet, d'énerver complétement la répression des petits délits en abaissant la peine au moyen d'une réduction. Mais voyez la conséquence de cette disposition : deux individus, auteurs du même délit, ont été condamnés, l'un à trois mois, l'autre à quatre mois d'emprisonnement; le juge, tenant compte des éléments du fait, a voulu marquer par la différence de peine la différence de culpabilité. Eh bien! si nous prenons le texte de la loi à la lettre, l'un et l'autre subiront la même peine, puisque l'un profitera d'une réduction de quart que l'autre ne pourra pas invoquer. Est-ce bien là le sens de la loi? N'a-t-elle pas voulu

[1] Loi belge du 4 mars 1870.

Digitized by Google

dire plutôt que, dans toute peine correctionnelle subie sous le régime cellulaire, les trois premiers mois de la peine ne compteraient pas dans le calcul de la réduction? Si telle avait été l'intention du législateur, il se serait exprimé autrement; il aurait dit par exemple : « La réduction ne s'opérera pas sur les trois premiers mois de la peine», empruntant ainsi la formule dont s'est servi la loi belge du 4 mars 1870. Je crois donc qu'il y a dans cette disposition une inadvertance législative et qu'il appartiendra au juge de la faire oublier en ne perdant pas de vue, lorsqu'il prononcera une peine, son système d'exécution.

b) « La réduction ne profitera, dans le cas prévu par l'ar-
« ticle 3, qu'aux condamnés ayant passé trois mois consécu-
« tifs dans l'isolement et dans la proportion du temps qu'ils
« y auront passé. » Quelle est l'hypothèse prévue? Un condamné à un emprisonnement de plus d'un an et un jour veut profiter de la faculté que lui accorde l'article 3, c'est-à-dire subir sa peine sous le régime de l'emprisonnement cellulaire; pour bénéficier de la réduction, il doit au moins passer trois mois sous ce régime; seulement, ces trois mois une fois accomplis apporteront, dans le calcul, le contingent de leur réduction; ils compteront, en un mot, pour quatre mois subis sous le régime de l'emprisonnement en commun.

Cette disposition expliquée, nous avons tous les éléments nécessaires à la solution d'une question que j'ai dû laisser de côté tout à l'heure : un condamné à un emprisonnement correctionnel supérieur à un an et un jour demande à subir sa peine sous le régime de l'emprisonnement cellulaire, pour profiter de la réduction de peine attachée à ce mode d'exécution? Est-il facultatif pour l'administration d'accorder ou de refuser cette requête, en supposant, bien entendu, qu'il existe dans la prison départementale un nombre de cellules suffisant pour satisfaire à toutes les demandes? La question a été résolue dans l'espèce suivante : Un sieur Nollas, à la suite des événements de 1871, avait été condamné par le quinzième conseil de guerre séant à Chartres à la peine de huit années de détention, commuée en celle de quatre années d'emprisonnement par décision du président de la République. Après avoir d'abord été enfermé dans la prison centrale de Landerneau, il fut transféré dans la *prison cellulaire de Sainte-Mene-*

Digitized by Google

hould par mesure administrative. Ayant eu connaissance de la disposition de la loi de 1875, Nollas demanda à y rester; il y fut en effet maintenu et assigna l'administration devant le tribunal civil de Sainte-Menehould pour obtenir une rectification des énonciations du registre d'écrou qui ne tenait pas compte de la réduction légale prononcée par la loi de 1875 en faveur des condamnés qui subissent leur peine sous le régime de l'emprisonnement cellulaire. Le tribunal rejeta sa demande en invoquant deux motifs: « Attendu, d'une part, qu'il résulte « de deux décisions de M. le ministre de l'intérieur en date « des 15 octobre et 10 décembre 1875 qui ont été notifiées à « Nollas que, s'il a été maintenu en cellule dans la maison « d'arrêt de Sainte-Menehould, c'est parce qu'il n'a pas cessé « de demeurer sous le coup de la mesure disciplinaire qui a « déterminé son transfèrement de Landerneau, et *non parce* « *qu'il en a fait la demande;*

« Attendu, d'autre part, que, des termes de l'article 3 de « la loi du 5 juin 1875, il ressort que, pour les condamnés à « un emprisonnement correctionnel de plus d'un an et un « jour, *l'isolement est une faveur qu'il dépend de l'administra-* « *tion d'accorder ou de refuser aux individus qui la sollicitent,* « selon que ces individus sont jugés plus ou moins dignes de « bienveillance, et que ceux-là ne peuvent se prévaloir de « ce qu'ils sont détenus dans l'isolement, qui, ainsi que « Nollas, ont été soumis à l'emprisonnement individuel, non « sur leur prière et par faveur spéciale, mais *par mesure de* « *rigueur*, et par application des dispositions de l'article 614 « du Code d'instruction criminelle, qui permet à l'adminis- « tration de resserrer plus étroitement, pour un laps de « temps indéterminé, le prisonnier coupable d'actes d'insu- « bordination... »

Les deux solutions qui résultent de ce jugement, qui a été confirmé, du reste, par la Cour de Paris, me paraissent certaines; M. Félix Voisin, répondant à une objection de M. Raudot dans la séance du 5 juin 1875, expliquait en ces termes le but de l'article 3 : « C'est une faculté pour les individus « condamnés à plus d'un an et un jour de prison, de deman- « der la cellule. L'administration examinera leur demande, « et si cela se peut, elle leur accordera cette *faveur* de ne « pas être confondus avec les malfaiteurs de toute espèce. »

Digitized by Google

Du reste, il a bien fallu donner à l'administration un certain pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter les demandes qui lui sont faites, puisque le système cellulaire ne peut être mis en pratique que par la transformation successive des prisons départementales. Mais si l'administration accorde la demande qui lui est faite, il ne dépend plus d'elle de conserver à la peine toute sa durée ; subie sous le régime cellulaire, la peine est *légalement* réduite d'un quart.

La loi nouvelle peut-elle avoir de l'influence sur les peines déjà subies sous l'empire de la législation précédente? Un individu condamné à une époque où l'emprisonnement individuel n'était pas organisé et n'avait aucune existence légale, en fait, a subi sa peine en cellule; la loi de 1875 est promulguée; il élève alors la prétention de profiter de la réduction légale dont peuvent bénéficier, aux termes de l'article 4, les condamnés à l'emprisonnement. Cette prétention est-elle admissible? La rétroactivité de la loi pénale, plus favorable, ne s'applique qu'en supposant l'infraction non jugée. Il est certain que si la loi qui supprime ou réduit une peine existante, exerce son influence sur les faits non jugés et même sur les condamnations prononcées sous l'empire de la loi antérieure, mais encore susceptible d'être réformée, elle laisse subsister celles qui sont passées en force de chose jugée. Les auteurs qui ont soutenu le contraire se sont laissé entraîner par des sentiments et par des raisons. Nous reconnaissons, il est vrai, que lorsqu'une loi nouvelle supprime ou réduit la peine édictée par la législation précédente, il est juste que cette mesure profite aux personnes qui ont été irrévocablement condamnées sous l'empire de la loi ancienne ; une peine que le pouvoir social juge inutile, en la supprimant ou la réduisant, ne doit plus recevoir son application. Mais, ce que je veux dire, c'est qu'il appartient au législateur d'appliquer à ces personnes, par une loi transitoire, le bénéfice des dispositions nouvelles. S'il ne le fait pas, c'est au pouvoir exécutif à combler, par voie de grâce, cette lacune législative. Quant au pouvoir judiciaire, il ne pourrait empêcher l'exécution d'un arrêt ou d'un jugement qui aurait condamné à une peine qu'une loi nouvelle réduirait ou supprimerait. Ces principes ont été reconnus dans la circulaire du garde des sceaux du 1er septembre 1875 : « Il est évident, dit le ministre de la

Digitized by Google

justice, que la loi nouvelle est sans influence sur les peines déjà subies sous l'empire de la législation précédente, à une époque où l'emprisonnement individuel n'était pas organisé et n'avait aucune existence légale. Toutefois, il m'a paru équitable d'attribuer, par voie de décision gracieuse, aux condamnés qui se trouvent dans cette situation, le bénéfice de la réduction. Je proposerai, en conséquence, à M. le président de la République de leur accorder une remise partielle de leurs peines. »

Pour nous résumer, voici ce qui a été fait, au point de vue pénitentiaire, par la loi des 5-16 juin 1875 :

1° Elle applique l'isolement du jour et de nuit, sous le nom de *séparation individuelle*, à la détention des inculpés, prévenus et accusés ;

2° Elle rend obligatoire le régime cellulaire pour l'exécution de l'emprisonnement correctionnel d'un an et un jour et au-dessous;

3° Elle le rend facultatif pour l'exécution de l'emprisonnement de plus d'un an et un jour.

En un mot, la loi nouvelle a soumis, sans distinction, les prisons départementales au régime de la séparation absolue pendant le jour, comme pendant la nuit. L'œuvre est incomplète, puisqu'il reste en dehors de sa réforme les maisons centrales de détention qui contiennent les reclusionnaires et les correctionnels de plus d'un an et un jour. Le législateur ne s'est préoccupé jusqu'ici de la réforme pénitentiaire qu'en ce qui concerne les crimes les plus graves et les délits les moins importants. Dans son application à la répression des petits délits, le régime cellulaire ne peut avoir que des partisans; la courte durée de l'isolement fait disparaître toutes les objections que soulèverait la mise en cellule des condamnés à la reclusion ou à un emprisonnement supérieur à un an. Dans ces limites, le régime de la séparation est le moyen le plus propre à produire l'amendement du condamné, lorsque ce résultat est possible et, dans tous les cas, s'il n'a pas cette puissance, il a, du moins, l'incontestable avantage de préserver de la corruption inséparable de l'emprisonnement en commun; s'il ne rend pas les condamnés meilleurs, il ne les rend pas plus mauvais.

Digitized by Google

III

Le législateur eût laissé son œuvre incomplète s'il ne s'était pas préoccupé des moyens d'exécution de la réforme pénitentiaire. Pour arriver à la réaliser, il faut reconstruire ou transformer les prisons départementales; c'est une œuvre longue et difficile qui ne peut s'accomplir que sous la direction de l'État. Or les prisons départementales sont des établissements où l'État exerce sans doute un droit d'administration direct et absolu, mais dont il n'est pas le propriétaire. Le propriétaire, c'est le département. On sait, en effet, que par un acte de munificence, qui était en réalité un acte d'économie, l'empereur, dans un décret du 9 avril 1811, transfera aux départements la propriété des prisons départementales. La loi de 1875 n'a pas modifié la situation administrative des prisons départementales : elles restent la propriété du département. Ainsi les dépenses d'entretien des prisons départementales, ainsi que les frais de translation des détenus et des libérés, sont à la charge de l'État, les dépenses de construction et de grosses réparations à la charge du département. C'est donc au département qu'il appartiendra de prendre l'initiative de la reconstruction ou de l'appropriation de ses prisons départementales pour l'application du régime cellulaire; seulement l'intervention de l'État, qui est le premier intéressé à la réforme pénitentiaire, se manifestera de deux manières :

1° Les projets, plans, devis des travaux nécessaires seront soumis à l'approbation du ministre de l'intérieur de qui dépendent les prisons départementales, et les travaux, s'il les autorise, seront exécutés sous son contrôle.

2° Des subventions *pourront* être accordées par l'État aux départements qui voudront reconstruire ou transformer leurs prisons; mais ces subventions ne sauraient dépasser un certain chiffre.

Art. 6. « A l'avenir, la reconstruction ou l'appropriation « des prisons départementales ne pourra avoir lieu qu'en vue « de l'application du régime prescrit par la présente loi. « Les projets, plans et devis seront soumis à l'approbation « du ministre de l'intérieur et les travaux seront exécutés « sous son contrôle. »

Digitized by Google

Art. 7. « Des subventions pourront être accordées par « l'État, suivant les ressources du budget, pour venir en « aide aux départements, dans les dépenses de construction « et d'appropriation. Il sera tenu compte, dans leur fixation, « de l'étendue des sacrifices précédemment faits par eux « pour leurs prisons, de la situation de leur finance et du « produit du centime départemental. Elles ne pourront, en « aucun cas, dépasser : la moitié de la dépense pour les dé- « partements dont le centime est inférieur à vingt mille francs « (20,000) ; le tiers pour ceux dont le centime est supérieur « à vingt mille francs (20,000), mais inférieur à quarante « mille francs (40,000) ; le quart pour ceux dont le centime « est supérieur à quarante mille francs (40,000). »

L'application de la réforme pénitentiaire étant subordonnée à la création de prisons cellulaires ne peut avoir lieu que successivement et ne sera générale que dans un certain nombre d'années. Il y aura donc certainement une période de transition pendant laquelle le régime de séparation individuelle fonctionnera à côté du régime de l'emprisonnement en commun. L'article 6 de la loi de 1875 se contente de dire que « le nouveau régime pénitentiaire sera appliqué au fur et à mesure de la transformation des prisons », mais sans entrer dans aucun détail sur la manière d'agir pendant cette période. Une circulaire du ministre de la justice, du 1er septembre 1875, a donné sur ce point les instructions suivantes : « Les prisons anciennes appropriées en vue de l'application « du régime nouveau pourront se trouver insuffisantes. Il « deviendra donc nécessaire de faire un choix et de déter- « miner les catégories de détenus qui, de préférence aux « autres, seront placés dans des cellules disponibles. Les « inculpés, les prévenus, les accusés, d'une part, et de l'autre « les condamnés à un emprisonnement d'un an et un jour « et au-dessous, doivent, d'après une disposition impérative « de la loi, être détenus séparément. Les détenus de cette « catégorie doivent être les premiers à bénéficier du système « nouveau, et parmi eux il conviendra de donner la préfé- « rence à ceux qui seront en état de détention préventive. « On réservera donc à ces derniers un nombre de cellules « suffisant, en se réglant sur le maximum probable du « nombre des inculpés, prévenus ou accusés, que la prison

Digitized by Google

« pourra avoir à renfermer. Les condamnés à un emprison-
« nement d'un an et un jour et au-dessous seront ensuite
« admis dans les cellules qui seront disponibles. On y pla-
« cera d'abord les mineurs de vingt et un ans. Les cellules
« vacantes seront ensuite distribuées aux condamnés ma-
« jeurs, condamnés pour la première fois... »

L'article 9 de la loi de 1875 est dû à l'initiative de M. Schœlcher : « Un conseil supérieur des prisons, pris « parmi les hommes s'étant notoirement occupés des ques- « tions pénitentiaires est institué auprès du ministre de l'in- « térieur, pour veiller, d'accord avec lui, à l'exécution de « la présente loi. — Sa composition et ses attributions seront « réglées par un décret du président de la République. » Le décret qui institue ce conseil, qui règle sa composition et ses attributions porte la date du 3 novembre 1875. Le ministre de l'intérieur peut renvoyer à l'examen du conseil toutes les questions se rattachant au régime pénitentiaire. C'est à ce titre que l'attention du conseil a été appelée sur la question du travail dans les prisons dont la Chambre des députés s'était incidemment occupée dans la séance du 14 novembre 1875 : on me permettra de reproduire ici les conclusions du conseil supérieur dans sa séance du 6 janvier 1877.

« Le conseil est à l'unanimité d'avis :

« 1° Que l'État, en assurant du travail aux condamnés, exerce un droit incontestable, fondé à la fois sur la loi économique et sur la loi morale ;

« 2° Que ce droit n'est d'ailleurs autre chose que l'accomcomplissement du devoir que lui imposent au même titre les prescripttons de la législation pénale, l'intérêt bien entendu des détenus, le souci de nos finances et l'obligation de veiller à la sécurité publique ;

« 3° Que l'accomplissement de ce devoir est le fondement même de tout système pénitentiaire raisonné ;

« 4° Qu'il est particulièrement indispensable, si l'on doit chercher avec la loi nouvelle et suivant l'exemple de la plupart des pays civilisés, la diminution de la récidive et l'allégement de nos budgets dans le système de l'emprisonnement individuel ;

« 5° Qu'il est toutefois du devoir de l'administration de

Digitized by Google

veiller à ce que la concurrence du travail des prisons ne pèse pas sur le travail libre ;

« 6° Mais qu'en fait une sage réglementation a suffisamment pourvu à cet intérêt, en faisant intervenir les chambres du commerce dans la fixation des tarifs du salaire pour chaque industrie et ne laissant à l'administration que la faculté de provoquer annuellement la révision de ces tarifs ;

« 7° Que grâce à ces précautions toutes les plaintes légitimes peuvent recevoir une prompte satisfaction. »

R. GARRAUD.

QUELQUES MOTS SUR L'AMEUBLISSEMENT.

Par M. Haumont, avocat au Havre.

Aux termes de l'article 1506, l'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé.

Il est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble, en tout, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Les deux clauses que le Code réunit ainsi, et qu'il présente comme constituant chacune un cas d'ameublissement déterminé, sont loin de produire des effets identiques, puisque la première seule, d'après l'opinion généralement admise, rend la communauté propriétaire de l'immeuble ameubli ; que la seconde lui confère simplement une créance contre l'époux qui a fait l'ameublissement.

Comment le Code est-il arrivé à réunir ainsi, dans une même catégorie, contrairement à toutes les règles d'une bonne classification, deux clauses aussi dissemblables quant à leurs effets? Quelle faute a-t-il commise en agissant ainsi? S'il a eu tort de ranger l'apport d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, dans la classe des ameublissements déterminés, dans quelle catégorie devait-il le placer?

Telles sont les questions que je me propose d'examiner brièvement.

Il est impossible de faire à ces questions une réponse satisfaisante, si l'on ne sait parfaitement ce qu'était l'ameublis-

Digitized by Google

sement aux yeux de Pothier, qui a été le guide des rédacteurs du Code civil en cette matière.

Je dois donc commencer par mettre sous les yeux du lecteur un résumé fidèle de la doctrine de Pothier, touchant l'ameublissement, doctrine qu'un grand nombre d'auteurs ont complètement défigurée, ce qui les a empêchés de trouver la clef des classifications du Code.

« La convention d'ameublissement, dit Pothier, au n° 303 « de son *Traité de la communauté*, est une convention par « laquelle les parties, ou l'une d'elles, font entrer dans leur « communauté conjugale tous leurs immeubles ou quelques-« uns d'eux. »

Pour qu'il y ait ameublissement, il faut, suivant Pothier, que le contrat de mariage rende la communauté propriétaire ou tout au moins créancière d'immeubles; il faut qu'il fasse entrer *immédiatement en toute propriété* dans la communauté, des immeubles qui devaient demeurer propres, ou qu'il contienne au moins obligation de la part des époux (ou de l'un d'eux) de rendre la communauté propriétaire de quelques-uns ou de quelqu'un de leurs immeubles propres. Ne constitue jamais au contraire un ameublissement, la clause qui rend simplement la communauté créancière d'une somme d'argent, alors même qu'il serait stipulé que cette somme d'argent doit être prise sur un ou plusieurs immeubles ou sur la généralité des immeubles.

C'est ce qui ressort avec évidence de plusieurs passages de Pothier :

Au n° 305, Pothier donne en ces termes un exemple de clause d'ameublissement : « ...Il est dit que le conjoint ap-« portera en la communauté une certaine somme à prendre « d'abord sur ses meubles, et pour ce qui s'en manquerait, « sur ses immeubles, lesquels jusqu'à concurrence sortiront « nature de conquêts. »

Il ajoute :

« Observez que dans la dernière de ces clauses, ce sont « ces termes : *lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de* « *conquêts*, qui renferment l'ameublissement et qui diffé-« rencient cette clause de la simple convention d'apport « d'une certaine somme; car par ces derniers termes, le « futur conjoint ne promet pas simplement d'apporter à la

Digitized by Google

« communauté une certaine somme et de s'en rendre débi-
« teur envers elle, mais il promet, pour ce qui manquera
« du prix de ses meubles, qui doivent entrer en communauté,
« afin de remplir la somme fixée pour son apport, *de mettre*
« *quelques-uns de ses immeubles jusqu'à due concurrence*[1] dans
« cette communauté, lesquels y sortiront nature de conquêts:
« il se rend jusqu'à cette concurrence débiteur envers la
« communauté, *non d'une simple somme d'argent, mais d'im-*
« *meubles* qu'il promet de mettre dans la communauté; ce
« qui forme un ameublissement. Mais lorsqu'il est dit sim-
« plement que le futur conjoint promet d'apporter à la
« communauté *la somme de tant à prendre sur ses biens meu-*
« *bles ou* IMMEUBLES, cette convention n'est qu'une simple
« convention d'apport d'une telle somme, et ne renferme
« aucun ameublissement; ces termes *à prendre sur ses biens*
« *meubles et immeubles* ne signifient autre chose, sinon qu'il
« hypothèque tous ses biens à cette obligation. »

Au n° 313, Pothier constate qu'en cas d'ameublissement indéterminé, la communauté a action contre le conjoint « pour l'obliger, lors de la dissolution de la communauté, « *à comprendre dans la masse des biens de la communauté qui* « *sont à partager, quelques-uns de ses immeubles.* »

Plus loin, enfin, au n° 314, Pothier déclare que cette créance qu'a la communauté « n'est pas une créance mobi-
« lière; car ce n'est pas une somme d'argent que la com-
« munauté a droit d'exiger de moi; elle a droit d'exiger que
« je mette quelqu'un de mes immeubles jusqu'à concurrence
« de la somme convenue dans la masse des biens de la
« communauté[2]. »

Ainsi, la clause d'ameublissement aboutit toujours en définitive à la mise effective et en nature d'immeubles dans la masse partageable. Lorsque l'un des conjoints ameublit tous ses immeubles jusqu'à concurrence de telle somme, il se rend, si l'on veut, débiteur envers la communauté de cette somme, mais il ne peut se libérer que par un *datio in solutum* en immeubles.

[1] C'est-à-dire faire tomber en nature, en toute propriété, dans la communauté des immeubles dont la valeur égale la somme jusqu'à concurrence de laquelle a été consenti l'ameublissement.

[2] Voir la note précédente.

Digitized by Google

Constituent donc un ameublissement dans la doctrine de Pothier : 1° la mise en communauté de tous les immeubles, sans restriction aucune; 2° la mise en communauté de quelques immeubles déterminés; 3° la mise en communauté de tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une somme, puisque cette clause, ainsi que nous venons de le voir, oblige l'époux qui l'a consentie à comprendre dans la masse partageable quelques-uns de ses immeubles. Quant à la mise en communauté d'un tel immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, il est facile de se convaincre, par ce qui précède, que cette clause *dont Pothier n'a pas dit un seul mot* dans son *Traité de la communauté* et que le Code range au nombre des ameublissements déterminés, ne constituait pas aux yeux du grand jurisconsulte un véritable ameublissement, parce qu'elle ne donne droit, à la communauté, qu'à une simple somme d'argent [1], Cette clause, en effet, ne fait entrer immédiatement dans la communauté qu'une valeur abstraite, flottante, indéterminée. Au moment du partage, il faudra bien *matérialiser* cette valeur, lui donner un corps, en faire quelque chose qui puisse être mis dans le lot d'un des conjoints, soit un immeuble, soit une somme d'argent. Un immeuble? — Mettra-t-on dans la communauté l'immeuble lui-même en toute propriété? Mais il n'est ameubli que jusqu'à concurrence d'une certaine somme! Fera-t-on tomber dans la communauté un autre immeuble représentant exactement la somme promise? Mais alors on ne tient pas compte de cette circonstance que le contrat de mariage a concentré sur un seul immeuble, spécialement désigné, tout le droit de la communauté. — Une seule solution est possible : l'époux débiteur mettra simplement dans la communauté la somme promise, ou s'il ne l'a pas, il fera vendre l'immeuble ameubli pour le prix en être versé dans la communauté.

Donc, pas d'immeuble mis réellement en communauté; partant, pas d'ameublissement.

Les réflexions qui précèdent expliquent pourquoi Pothier

[1] Il en serait autrement pourtant si l'immeuble était facilement partageable. L'époux qui a consenti l'ameublissement mettrait dans la communauté, au moment de la dissolution, une portion divise de l'immeuble jusqu'à concurrence de la somme promise.

Digitized by Google

est absolument muet sur la clause qui nous occupe. Marcadé (art. 1509-I) constate ce silence. Si Troplong (III, 1992) a cru pouvoir, à propos du prétendu ameublissement déterminé de la seconde espèce, invoquer l'autorité de Pothier, c'est qu'il a modifié l'espèce prévue par cet auteur; nous le montrerons bientôt.

Nous connaissons les idées qu'avait Pothier sur la nature de l'ameublissement.— Demandons-nous maintenant, quelle classification il fait des différents cas d'ameublissement.

Pothier divise d'abord les ameublissements en généraux et particuliers.

L'ameublissement est *général* quand il fait tomber dans la communauté, l'universalité des immeubles de l'un des conjoints, ou de tous deux.

Il est *particulier* quand son effet se borne à faire tomber dans la communauté un ou plusieurs immeubles particuliers, c'est-à-dire, non-seulement quand les conjoints ont déclaré mettre en communauté tel et tel immeuble, mais encore lorsqu'il ont ameubli *tous* leurs immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

L'ameublissement alors ne peut pas être considéré comme un ameublissement général, malgré le mot *tout* qui se trouve dans la formule, puisqu'il ne doit pas faire tomber dans la communauté la généralité des immeubles, et que l'obligation des conjoints se borne à comprendre dans la masse partageable *quelques immeubles particuliers* d'une valeur égale à la somme promise.

Quand on veut savoir si un ameublissement est général ou particulier, il faut considérer, non ce sur quoi plane le droit éventuel de la communauté, non ce qui est susceptible de tomber en communauté, mais seulement ce qui y tombe ou ce qui doit y tomber en réalité [1].

[1] Cette idée n'a pas été, en général, bien saisie par les auteurs, qui considèrent presque tous comme un cas d'ameublissement général la clause par laquelle un des conjoints déclare mettre dans la communauté tous ses immeubles jusqu'à concurrence de telle somme. L'ameublissement ne peut être général qu'autant que tous les immeubles d'un époux tombent en communauté. Or, ici, tous les immeubles sont à la vérité susceptibles de tomber en communauté, mais quelques-uns seulement sont destinés à y tomber.

Digitized by Google

Étant donné que l'ameublissement particulier est celui qui ne fait tomber en communauté que quelques immeubles particuliers, cet ameublissement peut se présenter sous deux formes :

1° Le contrat de mariage désigne individuellement, *détermine* ces quelques immeubles qui doivent entrer dans la communauté « une partie promet d'apporter *tel* et *tel* im- « meuble. » (Pothier, n° 305.) On dit alors que l'ameublissement est *déterminé*.

2° Le contrat de mariage ne *détermine* pas ceux d'entre les immeubles de l'un des époux ou de tous deux, qui doivent entrer dans la communauté, ce qui a lieu lorsque l'un des époux déclare mettre dans la communauté tous ses immeubles, jusqu'à concurrence de tant. On dit alors que l'ameublissement est *indéterminé*.

La division des ameublissements en déterminés et indéterminés ne nous apparaît donc que comme une subdivision des ameublissements particuliers.

Il ne pouvait dès lors y avoir dans la doctrine de Pothier d'ameublissement général indéterminé.

Présentons, pour en finir avec l'étude de Pothier, une courte observation sur la valeur de sa classification.

Cette classification est parfaite, car elle range les diverses clauses d'ameublissement dans leurs catégories respectives d'après des caractères faciles à reconnaître, et de plus, ces caractères ont un rapport direct avec les effets et les conséquences des clauses dans lesquelles ils se rencontrent. Ainsi tous les ameublissements déterminés rendent la communauté propriétaire des immeubles ameublis.

Comment les auteurs ont-ils compris et interprété cette doctrine si claire et si simple de Pothier? D'abord la plupart des auteurs, considèrent comme une clause d'ameublissement, au même titre que les autres, la mise en communauté d'un tel immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Pourtant Duranton (XV, p. 107) reconnaît que « la clause « par laquelle un des époux met dans la communauté un tel « immeuble jusqu'à concurrence d'une telle somme n'est « réellement pas un ameublissement; c'est un assignat

Digitized by Google

« limité, limité à cet immeuble; c'est seulement la mise « d'une somme en communauté. »

Mais le savant auteur a le grand tort de présenter également comme une simple mise de somme en communauté, l'ameublissement indéterminé de Pothier (tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme)[1], ce qui démontre qu'il n'a pas saisi le véritable caractère de l'ameublissement qui est de faire tomber réellement et en nature dans la communauté un ou plusieurs immeubles.

Toullier (XIII, 329) constate que Pothier ne rangeait pas au nombre des ameublissements déterminés la mise en communauté d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme : « Pothier, dit cet auteur, a toujours confondu cet « ameublissement avec celui des immeubles indéterminés « ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme. » La vérité est que Pothier ne s'est jamais occupé de cette clause, qu'il ne considérait pas comme un ameublissement.

Ce qui est plus bizarre c'est de voir Troplong (t. III, 1991) constater d'abord avec Pothier que l'ameublissement rend l'époux débiteur, non d'une simple somme d'argent, mais d'immeubles qu'il promet de mettre dans la communauté et puis, toujours en invoquant l'autorité de Pothier, nous présenter comme un cas d'ameublissement la mise en communauté d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une somme.

« Observez, dit-il (III, 1992), que ce serait un ameublis- « sement véritable, si le contrat de mariage, après avoir dit « que la fille est dotée de 6,000 francs à prendre *sur telle* « *maison*, ajoutait : Laquelle jusqu'à *concurrence sortira nature* « *de conquêts*. Ces derniers mots sont caractéristiques de l'a- « meublissement; la future épouse ne promet pas seulement « une somme d'argent, elle se rend débitrice de la maison « jusqu'à due concurrence; elle promet de la mettre dans « la communauté. » Troplong nous présente ce passage comme tiré du n° 305 de Pothier, mais il dénature complétement le texte qu'il a la prétention de rapporter et que nous avons reproduit mot pour mot, il n'y a qu'un instant.

[1] Pourtant au n° 85, M. Duranton se mettant en contradiction avec lui-même reproduit exactement la doctrine de Pothier sur l'ameublissement indéterminé.

Digitized by Google

Pothier, dans ce passage, parlait de la clause par laquelle les époux mettaient en communauté une somme à prendre sur *tous leurs immeubles*, lesquels jusqu'à concurrence sortiraient nature de conquêts, et non pas sur telle maison, laquelle jusqu'à concurrence sortirait nature de conquêts. — Dans la phrase de Pothier cette proposition : « lesquels jusqu'à « concurrence sortiront nature de conquêts », était bien constitutive de l'ameublissement parce qu'elle avait pour effet d'obliger les époux à mettre en nature dans la communauté quelques-uns de leurs immeubles, tandis que dans le texte de Troplong, elle n'a plus aucun sens, puisque la mise en communauté d'un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme ne peut en définitive, ainsi que nous l'avons fait voir, rendre la communauté créancière que d'une somme d'argent et non d'un immeuble.

La classification de Pothier n'a pas été, en général, mieux comprise que sa théorie sur la nature de l'ameublissement.

Aux yeux de plusieurs auteurs qui n'ont pas aperçu que la distinction des ameublissements en déterminés et indéterminés n'est qu'une subdivision des ameublissements particuliers, Pothier a fait des ameublissements deux classifications indépendantes et parallèles, dont chacune embrasse tous les cas possibles. Tout ameublissement est nécessairement général ou particulier, déterminé ou indéterminé; de sorte qu'il y a des ameublissements généraux déterminés et des ameublissements généraux indéterminés comme il y a des ameublissements particuliers déterminés ou indéterminés.

Sont tombés dans cette erreur :

Toullier (XIII, 334) : « Dans les ameublissements tant gé- « néraux que particuliers qui se font jusqu'à concurrence. »

M. Odier (II, 802) : « L'ameublissement, soit général soit « particulier, peut être déterminé ou indéterminé. »

MM. Aubry et Rau (V, § 524-2°, lettre *d*) : « L'ameublisse- « ment indéterminé, soit particulier soit général... »

MM. Rodière et Pont (n° 1391) : « Ainsi, général ou parti- « culier, l'ameublissement est déterminé... »

L'erreur de ces auteurs consiste à n'avoir pas bien compris le sens des mots *général ou particulier;* ils considèrent comme ameublissement général la mise en communauté de

Digitized by Google

tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une somme, tandis que cet ameublissement est un ameublissement particulier puisqu'il ne fait tomber dans la communauté que quelques immeubles.

MM. Troplong (III, 1988 et 1989) et Colmet de Santerre (VI, 171 *bis*) ont reproduit exactement la classification de Pothier.— Il en est de même de Marcadé. Mais il résulte des développements fournis par cet auteur, qu'il a reproduit le texte de Pothier sans le comprendre (art. 1509-1°).

Marcadé reproche à Pothier de présenter la classification des ameublissements déterminés et indéterminés comme une simple subdivision des ameublissements particuliers; il ajoute : « Ce premier vice est bientôt suivi d'un second qui « met les idées subséquentes de l'auteur en contradiction « avec sa phrase première; car après avoir dit que l'ameu- « blissement est déterminé quand l'époux apporte en com- « munauté tel et tel immeuble, il ajoute qu'il est indéterminé « quand l'époux apporte en communauté ses biens immeu- « bles jusqu'à concurrence de tant, ou bien une certaine « somme à prendre sur ses immeubles qui jusqu'à concur- « rence sortiront nature de conquêts; or il résulte des ex- « plications de Pothier lui-même et il est d'ailleurs bien « évident par soi que *mettre ainsi généralement en communauté « ses biens immeubles, c'est faire un ameublissement général.* »

Marcadé est donc tombé dans la même erreur que MM. Odier, Aubry et Rau et Toullier.

Dans le Code civil l'ameublissement n'est plus, comme dans Pothier, une clause faisant nécessairement tomber dans la communauté des immeubles qui eussent été propres ou obligeant au moins les époux à comprendre dans la masse, lors de la dissolution, quelques-uns de leurs immeubles; les travaux préparatoires et le texte même du Code le démontrent parfaitement.

« L'ameublissement, dit M. Duveyrer dans son rapport[1], « *n'est qu'une fiction* par laquelle les époux peuvent mettre « dans la communauté *une somme fixe et certaine* à prendre

[1] Locré, XIII, commentaire VIII, n° 45, p. 371.

Digitized by Google

« sur un immeuble déterminé ou sans détermination sur tous « les immeubles.» Dès lors la clause par laquelle un des époux promet de mettre en communauté une certaine somme à prendre sur un immeuble ou, en d'autres termes, la clause par laquelle un des époux déclare mettre en communauté un seul immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cette clause dont Pothier ne parle pas parce qu'à ses yeux elle ne constitue qu'une sorte de clause d'apport, constitue maintenant un véritable ameublissement (art. 1506); et c'est à tort que Troplong reproduisant en le défigurant un passage de Pothier relatif à la clause qui met dans la communauté une somme certaine à prendre sur les immeubles, *lesquels jusqu'à due concurrence sortiront nature de conquêts*, considère ces derniers mots comme étant, sous l'empire du Code, constitutifs de l'ameublissement.

La classification de Pothier était incompatible avec cette conception toute nouvelle de l'ameublissement. Le Code, qui élargissait la notion de l'ameublissement, devait élargir en même temps la classification de son guide. La conserver intacte était chose impossible.

Les anciennes divisions, admises par Pothier, ne renfermaient, en effet, que des clauses rendant la communauté propriétaire ou créancière d'immeubles; et l'on ne pouvait, sans manquer à toutes les règles d'une bonne classification, faire entrer dans l'une ou l'autre de ces catégories une clause dont l'effet est simplement de rendre la communauté créancière d'une somme d'argent, c'est-à-dire une clause qui. au point de vue des effets produits, diffère de toutes celles primitivement rangées dans la classe où on l'eût fait entrer.

A quoi bon, en effet, une classification des différents cas d'ameublissements, si cette classification n'a pas pour effet de réunir les clauses dont les effets sont identiques, de réparer celles dont les effets diffèrent? Mettez la nouvelle espèce d'ameublissement dans la classe des ameublissements déterminés comme l'a fait l'article 1506; on ne pourra plus dire, avec Pothier, que l'ameublissement déterminé rend la communauté propriétaire des immeubles ameublis; on ne pourra même plus dire que l'ameublissement déterminé produit tels ou tels effets, puisque ses effets varieront suivant que

Digitized by Google

l'on aura mis en communauté des immeubles particuliers, en tout ou jusqu'à concurrence d'une somme. — Supposez, au contraire, que le Code eût fait, comme l'auraient voulu certains auteurs, un cas d'ameublissement indéterminé de la clause qui consiste à apporter un immeuble jusqu'à concurrence de tant; on ne pourrait plus dire de cette clause ce que Pothier disait de l'ameublissement indéterminé et ce que le Code répète après lui, qu'elle oblige l'époux qui l'a consentie à comprendre dans la masse, lors de la dissolution, un ou plusieurs immeubles. Tous les ameublissements indéterminés n'auraient plus produit les mêmes effets.

Si donc le Code a eu tort de ranger dans une même catégorie la mise en communauté pour le tout d'un immeuble qui eût dû être propre, et la mise en communauté de cet immeuble jusqu'à concurrence de tant, parce que ces deux cas d'ameublissement produisent des effets tout différents, il n'eût pas été mieux fondé à ranger la dernière de ces deux clauses au nombre des ameublissements indéterminés. En faisant même abstraction des effets produits et à ne s'attacher qu'au sens des mots tels que les entendait Pothier, il est facile de voir que la clause qui nous occupe n'est ni un ameublissement déterminé ni un ameublissement indéterminé.

Nous savons maintenant en quoi consiste la faute commise par le Code dans l'article 1506. Ce qu'on peut lui reprocher, ce n'est pas d'avoir mis un cas d'ameublissement dans une catégorie plutôt que dans une autre, c'est d'avoir adapté à des idées nouvelles une classification faite pour des idées anciennes[1]. C'est ce que n'a saisi, il me semble, aucun des auteurs qui ont écrit sur la matière de l'ameublissement, pas même MM. Demante et Colmet de Santerre, les seuls

[1] Remarquons d'ailleurs que les rédacteurs du Code pouvaient facilement utiliser la classification de Pothier : pour cela ils n'avaient qu'à en faire une subdivision d'une classification plus générale : ils auraient commencé par distinguer l'ameublissement improprement dit, celui qui ne rend la communauté ni propriétaire ni créancière d'immeubles, et l'ameublissement proprement dit, celui de Pothier, lequel se serait divisé à son tour en ameublissement général et en ameublissement particulier, subdivisé lui-même en déterminé et indéterminé.

Digitized by Google

qui aient su éviter la plupart des erreurs que j'ai signalées.

On peut soutenir, à la vérité, que les rédacteurs du Code ont donné aux mots *déterminé* et *indéterminé* un autre sens que celui que leur donnait Pothier. Tel est l'avis de MM. Colmet de Santerre et Demante, et leur opinion trouve un appui dans ces mots déjà cités du rapport de M. Duveyrier : « L'ameublissement n'est qu'une fiction à la faveur « de laquelle les époux peuvent mettre dans la communauté « une somme fixe et certaine à prendre sur un immeuble « déterminé ou sans détermination sur tous les immeubles « en général. » L'ameublissement, dès lors, serait déterminé quand le contrat de mariage aurait déterminé non pas comme l'entendait Pothier, ce qui doit tomber en définitive dans la communauté, mais les biens sur lesquels doivent être prises les valeurs ameublies, c'est-à-dire ce qui est susceptible de tomber en communauté, mais n'y tombera peut-être pas. Avec cette interprétation le Code aurait eu raison de ranger la clause qui nous occupe dans la classe des ameublissements déterminés, puisque le contrat de mariage détermine l'immeuble sur lequel doit être prise la somme promise. Mais les rédacteurs du Code ne seraient pas pour cela à l'abri de tout reproche. Leur classification ne serait plus en contradiction avec leurs idées, mais elle n'en serait pas moins défectueuse. Si le caractère de détermination ou d'indétermination de l'ameublissement tient à la détermination ou à l'indétermination des immeubles affectés au payement de la somme promise, ce caractère est tout à fait secondaire et ne mérite plus d'être la base d'une classification. Autant eût valu diviser, par exemple, les ameublissements en ameublissements de biens ruraux et ameublissements de biens urbains, puisque dans l'un et l'autre cas les ameublissements rangés dans une même classe ne produisent pas nécessairement les mêmes effets et que, dès lors, il est indifférent de savoir si un ameublissement appartient à une classe ou à une autre.

En notre matière, une classification des ameublissements ne doit avoir d'utilité qu'autant qu'elle a pour résultat de réunir, sous une même désignation, des clauses identiques, quant à leurs effets. Telle était la classification des ameublissements en déterminés et indéterminés avec le sens que Pothier donnait à ces mots ; telle n'est pas la classification du Code, s'il

Digitized by Google

faut donner aux mots « déterminé, indéterminé » la signification indiquée par M. Duveyrier dans son rapport.

En définitive, ou l'on donnera aux mots « déterminé, indéterminé » le sens que leur donne Pothier, et alors il faut reconnaître que le Code a eu tort de conserver une classification qui ne convient pas à sa conception de l'ameublissement. — Ou l'on admettra que la détermination ou l'indétermination de l'ameublissement découle de la détermination ou de l'indétermination des immeubles affectés au payement de la somme promise, et dans ce cas la classification du Code a l'inconvénient de reposer sur des caractères absolument indépendants des effets produits[1].

Dans l'un et l'autre cas la conclusion sera la même : « Il « faut, quand on recherche les conséquences de l'ameublis- « sement, ne pas se préoccuper du caractère de détermina- « tion ou d'indétermination, et sans s'inquiéter de trouver « ou d'inventer des expressions techniques qui ne peuvent « qu'obscurcir la matière, puisque tous ne seraient pas d'ac- « cord sur leur sens, il faut distinguer les ameublisse- « ments d'après les termes mêmes de la convention[2].

A. HAUMONT.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION DE LA VOIRIE URBAINE,

Par M. Alfred des Cilleuls, chef de division à la préfecture de la Seine[3].

Compte rendu par M. A Silvy, conseiller d'État.

De toutes les parties du droit administratif, la voirie est, sans contredit, l'une des plus délicates par la nature et par la

[1] Il faut reconnaître dans tous les cas que le Code rangeant dans la clause des ameublissements indéterminés la clause qui consiste à mettre en communauté un tel immeuble jusqu'à concurrence de tant, a eu tort de dire dans l'article 1506 que l'ameublissement déterminé rend l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes.

[2] MM. Demante et Colmet de Santerre, VI, n° 171 *bis*, III.

[3] 1 vol. in-8°. Ducher et C°, éditeurs.

Digitized by Google

variété des intérêts qu'elle met en jeu; c'est aussi l'une des plus obscures en jurisprudence, parce qu'on s'y trouve en face d'une législation qui a des origines souvent fort anciennes et dont les applications n'ont pas toujours été jusqu'ici suffisamment recherchées. De là des incertitudes et quelquefois même des contradictions.

Frappé sans doute des difficultés incessantes que soulève la pratique quand les principes sont établis aussi peu solidement, un administrateur, qui est en même temps un écrivain habile, auquel on doit plusieurs publications accueillies avec faveur, vient de faire paraître un traité de voirie urbaine, dont le plan semble emprunté au père de la loi du 21 mai 1836, sur les chemins vicinaux, à M. Hermann, qui composa, plus tard, un traité de la voirie vicinale, vrai chef-d'œuvre de méthode et de précision.

L'auteur du nouveau traité a, évidemment, consacré beaucoup de temps à la découverte et au rapprochement de nombreux textes qui méritent d'être considérés comme exprimant la jurisprudence antérieure à 1789 en matière de voirie urbaine. On sait qu'à partir de la dernière moitié du siècle dernier, le revirement qui s'était produit dans l'esprit public avait fait abandonner trop dédaigneusement l'étude approfondie des institutions du passé; mais, peu à peu, la nouvelle école historique, secondée par les savantes investigation des archivistes-paléographes, a remis en honneur ce qui semblait condamné à l'oubli et dissipé beaucoup d'erreurs et quelques illusions.

Le livre de M. des Cilleuls, dans la sphère restreinte qu'il embrasse, conduit à un résultat analogue. On y rencontre la preuve saisissante que le principe de la distinction des pouvoirs, administratif et judiciaire, dont le mérite est attribué exclusivement à l'Assemblée constituante, avait été, aux XVIIe et XVIIIe siècles, établi par la jurisprudence du Conseil d'État. C'est, du reste, ce qu'avait aperçu M. Dareste, l'un des jurisconsultes les plus érudits de notre époque. Il en est de même pour le départ d'attributions entre les officiers de police municipale et les fonctionnaires préposés à l'administration de la grande voirie. On trouve, dans un arrêt du Conseil de 1698, les fondements du titre XI, article 3, de la loi des 16-24 août 1790.

Digitized by Google

Cette loi de 1790, la Cour de cassation la considéra d'abord comme la base du droit des maires d'imposer la servitude d'alignement; puis, s'apercevant qu'une servitude légale ne saurait être créée implicitement, la Cour suprême crut pouvoir faire dériver l'interdiction de conforter les bâtiments retranchables, pour l'élargissement des rues, de l'édit du mois de décembre 1607, relatif aux fonctions de grand voyer de France. Or, voici que M. des Cilleuls entreprend aujourd'hui de prouver, avec un certain luxe de citations, que la servitude d'alignement ne remonte pas aussi loin qu'on l'avait pensé, et qu'elle a été progressivement aggravée de 1693 à 1765. L'auteur ne met pas moins de ténacité à faire ressortir l'étendue, selon lui exagérée, que la jurisprudence judiciaire donne aux conséquences de l'approbation des plans d'alignement. Il s'associe au principe posé à cet égard par le Conseil d'État et d'après lequel la défense de réparer les édifices retranchables est inapplicable lorsque le reculement ne laisse pas au propriétaire une superficie suffisante pour rebâtir, et ne se bornant pas à une adhésion doctrinale, il rapporte plusieurs arrêts rendus au XVIIIe siècle par le Conseil royal des finances pour consacrer ce même principe.

Dans le chapitre du pavage, où, à côté de documents inédits sur le passé, on trouve pour le présent des règles très-pratiques, M. des Cilleuls tourne contre le Conseil d'État toute la vivacité qu'il avait mise à combattre la jurisprudence de la Cour suprême, en matière d'alignement. Les considérations développées sont intéressantes, alors même qu'on ne partage pas l'opinion de leur auteur.

Le mérite très-sérieux de l'œuvre de M. des Cilleuls étant ainsi indiqué, il nous faut bien dire aussi par où ce livre pèche à nos yeux. On y rencontre, ce nous semble, des développements trop larges pour un ouvrage élémentaire et pratique, notamment sur les formes d'expropriation des édifices affectés au service public, sur la résolution de plein droit des baux, par l'effet de la cession amiable ou judiciaire des immeubles, pour cause d'utilité publique, sur la validité de ces baux, en cas de non-enregistrement, sur la compétence des tribunaux administratifs, pour réprimer les usurpations du sol des chemins vicinaux qui, depuis 1864, peuvent se prolonger

Digitized by Google

à l'intérieur de la voirie urbaine. Ce sont là autant d'études un peu trop spéciales, qui font partie, sans doute, du sujet, mais qu'il serait, selon nous, plus convenable d'isoler d'un traité d'ensemble où la discussion doit être succincte et condensée. L'auteur a-t-il pensé satisfaire plusieurs catégories de lecteurs? C'est une erreur assez fréquente et qui nuit quelquefois au résultat.

Disons, en finissant, que nous aurions aimé, dans la forme, un peu plus de modération lorsqu'il s'agit d'examiner et de critiquer la jurisprudence établie par les Cours souveraines; il est vrai que les reproches très-vifs que M. des Cilleuls adresse au Conseil d'État et à la Cour de cassation sont intéressants et utiles à connaître par la sincérité et la vigueur des arguments et parce qu'ils sont inspirés par le respect supérieur de la loi, telle que l'auteur la comprend; mais ces objections auraient pu, croyons-nous, sans en être affaiblies, être présentés avec moins de raideur; des conclusions, aussi bien étudiées, motivées aussi fortement sur la jurisprudence la plus complète et les textes les plus lumineux, n'y auraient certainement rien perdu : elles y auraient gagné quelque chose. Cette légère imperfection n'empêchera pas l'ouvrage de M. des Cilleuls de prendre et pour longtemps une place honorable parmi les meilleures d'entre ces nombreuses monographies qui, depuis quelques années, ont été consacrées à diverses branches du droit administratif.

A. SILVY.

I. DE LA NÉCESSITÉ DE REVISER NOS CODES ET DE CODIFIER NOS LOIS ADMINISTRATIVES,

Par M. Paul FLANDIN, procureur de la République à Épernay [1].

II. UN PROJET DE LOI SUR LES SOCIÉTÉS,

Par M. A. VAVASSEUR, avocat à la Cour d'appel de Paris [2].

Compte rendu par M. Louis RENAULT, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

I. Dans les temps modernes, la machine législative s'est

[1] Paris, 1876. Marchal, Billard et Cᵉ.
[2] Paris, 1876. Marchal, Billard et Cᵉ.

Digitized by Google

mise à fonctionner avec une telle activité qu'il devient de plus en plus difficile de se tenir au courant des nombreuses lois qu'elle produit chaque année. Même ceux dont c'est la profession de les étudier ont de la peine à se débrouiller au milieu d'elles, à les combiner, à démêler celles qui sont encore en vigueur en tout ou en partie. Que sera-ce du public? Les compilateurs ont beau s'évertuer, lui disposer les matières le plus ingénieusement du monde, créer pour lui un nombre indéfini de *Codes spéciaux*, ils n'arrivent pas à mettre la loi à sa portée et à lui donner, ce qui serait certainement une bonne chose, la possibilité de trouver sûrement le texte de loi régissant la situation qui les intéresse. N'est-ce pas là une chose fâcheuse et n'est-ce pas au législateur d'aviser? C'est ce qu'a pensé M. Flandin; sa brochure comprend deux parties, de valeur très-inégale suivant nous. Dans la première, il expose les vices du système actuel, les inconvénients de l'accumulation des lois, et se demande comment on pourrait y remédier. Il se livre à ce sujet à un résumé historique sur notre ancien droit, qui ne nous semble se rattacher que très-indirectement à son sujet. Peut-être aurait-il pu laisser de côté un certain nombre de ses notices sur d'anciens jurisconsultes et insister sur les tentatives de codification faites à diverses époques. Quoi qu'il en soit, nous nous attachons à la seconde partie, consacrée à l'exposition de ce que devrait être la réforme. Elle consisterait, suivant l'auteur, d une part à reviser nos anciens Codes, de l'autre à en faire de nouveaux, dans le cadre desquels viendraient se ranger toutes les lois spéciales. La révision des anciens Codes aurait un double caractère, elle toucherait à la forme et en même temps au fond, c'est-à-dire que l'on ferait rentrer dans les Codes des dispositions qui en sont sans raison distinctes, comme, pour le Code civil, les lois sur la naturalisation des étrangers, la transcription; pour le Code de commerce, les lois sur les chèques, les sociétés, etc. L'auteur ne se contente pas de cela, il demande aussi, chemin faisant, des modifications à l'appui desquelles il donne, du reste en général, de très-bonnes raisons.

Ce qu'il y a de plus original, de plus ingénieux dans son travail, c'est, croyons-nous, le chapitre consacré aux *Codes nouveaux*, qui seraient : 1° le Code des pouvoirs pu-

Digitized by Google

blics; 2° le Code de l'organisation administrative; 3° le Code de l'organisation judiciaire; 4° le Code militaire; 5° le Code maritime; 6° le Code des finances; 7° le Code de l'agriculture et des travaux publics; 8° le Code de l'instruction publique; 9° le Code des cultes; 10° le Code de l'assistance publique et des institutions d'utilité publique; 11° le Code de la presse; à quoi il ajoute, en homme prévoyant, une table générale alphabétique que le gouvernement serait chargé de faire. Il est certain que ce serait une excellente chose que d'avoir de pareils Codes; la loi serait plus facilement connue et interprétée; elle en acquerrait même plus de stabilité, car on modifie plus volontiers une loi isolée qu'un Code; mais est-il probable qu'un gouvernement entreprenne jamais un tel travail? Est-il désirable qu'il le fasse? Nous répondons très-nettement que non : c'est une tâche immense qui n'aboutirait pas et qui risquerait de tout ébranler; car il ne faut pas croire que des Assemblées législatives accepteraient des textes qu'on leur soumettrait pour les coordonner sans vouloir les examiner et les discuter au fond, et alors quand aurait-on fini? Que sur tel point donné, lorsqu'il s'agit d'une réforme importante, on tâche de simplifier, de fondre plusieurs lois en une seule, qu'on abandonne la dangereuse formule de l'abrogation en termes généraux, rien de mieux, mais c'est à cela qu'il faut s'arrêter. Dans cet ordre d'idées, une commission de la Chambre des députés nous promet un *Code de la presse*, et la Chambre a pris en considération une proposition tendant à la codification des lois de l'enregistrement.

II. La matière des sociétés par actions, après être restée pendant un demi-siècle sous l'empire de règles très-générales posées par le Code civil et le Code de commerce, est devenue l'objet de plusieurs dispositions législatives. En 1856, 1863, 1867, le législateur s'en est occupé pour en faire une réglementation détaillée. La loi de 1867, qui remplaçait celles de 1856 et de 1863, et qui avait été précédée d'une étude prolongée au sein de la commission et d'une grande discussion dans le Corps législatif, aurait dû être considérée comme définitive. Mais à peine était-elle votée qu'on en signalait les incohérences, les lacunes et les obscurités. Non-

Digitized by Google

seulement la loi était défectueuse au point de vue de la rédaction, mais elle était encore insuffisante à protéger les intérêts dont elle se préoccupait. Ses prescriptions, si minutieuses sur certains points, laissaient sur d'autres la porte ouverte aux combinaisons frauduleuses des lanceurs d'affaires. Dans ces dernières années, des scandales éclatants ont montré que l'art d'exploiter le public pouvait encore être exercé avec succès malgré la loi; des combinaisons nouvelles et très-ingénieuses, il faut le reconnaître, ont été imaginées. Autrefois c'étaient les actionnaires qui étaient les seules victimes des fraudes des fondateurs ou des gérants; maintenant, dans certaines sociétés, notamment dans celles formées pour la construction et l'exploitation de chemins de fer, ce sont les actionnaires qui exploitent les obligataires, et cela en toute sécurité, la loi ne s'étant pas occupée de ces derniers, qu'elle ne nomme même pas. Cette situation ayant été signalée à la tribune de l'Assemblée nationale, le ministre de la justice, qui était alors M. Dufaure, nomma, le 4 avril 1875, une commission à l'effet « de rechercher les améliora- « tions que peut recevoir la loi de 1867 sur les sociétés et « d'en faire l'objet d'un projet de loi qui serait soumis à « l'Assemblée nationale. » Cette commission, composée de magistrats, de hauts fonctionnaires et d'avocats, sous la présidence de M. Ernest Picard, tint plusieurs séances, procéda à une sorte d'enquête sur les résultats de la loi de 1867, mais n'aboutit à aucun projet, et ses travaux sont restés dans les cartons. Heureusement ils ne seront pas entièrement perdus pour le public. M. Vavasseur, avocat à la Cour d'appel de Paris, qui avait dû à une compétence attestée par des ouvrages très-estimés sur les sociétés l'honneur d'être nommé secrétaire de la commission, vient de publier une brochure inspirée par les travaux de celle-ci. Il ne se borne pas à critiquer la loi de 1867, à en signaler les imperfections et les lacunes, il formule ses idées en un projet de loi, ce qui a le grand avantage de mieux les préciser. C'est de ce projet que nous voulons donner une idée succincte à nos lecteurs. Nous remarquerons d'abord que le titre en est peut-être trop général, car il ne se réfère pas à toutes les sociétés, mais presque exclusivement aux sociétés par actions, sauf quelques dispositions sur la publication des actes de société.

Digitized by Google

Sous quelle forme se produiraient les modifications proposées? L'auteur pense qu'il faudrait se contenter d'une révision partielle de la loi de 1867, qui en abrogerait certains articles et en ajouterait d'autres reconnus nécessaires. Nous ne serions pas de son avis sur ce point, et nous croyons qu'on devrait tâcher, si l'on touche à la matière, d'avoir une loi unique sur les sociétés par actions, sinon sur toutes les sociétés commerciales; autrement il en résulterait des complications inextricables quand il faudrait combiner la loi de 1867 avec les dispositions générales du Code civil et du Code de commerce et avec celles de la loi nouvelle qui, dans le projet de M. Vavasseur, abrogerait çà et là un article, quelquefois même un seul alinéa.

Quelles sont les réformes proposées? L'auteur se tient dans un juste milieu, il n'est partisan ni de la liberté absolue des sociétés par actions, ni du système qui ferait intervenir le gouvernement dans leur formation et leur fonctionnement. Il y a en présence des intérêts divers qu'il s'agit de concilier, et l'expérience doit nous servir de guide. Voilà bientôt dix ans que la loi de 1867 est appliquée, nous pouvons en apprécier les résultats bons ou mauvais; il y a plus : ce ne sont pas seulement les faits qui se sont passés chez nous, mais aussi ceux qui ont eu lieu à l'étranger que nous pouvons consulter. Dans plusieurs pays étrangers, des lois analogues ont été rendues depuis quelques années ; elles peuvent nous servir à contrôler notre propre législation pour les points qui s'en rapprochent comme pour ceux qui s'en éloignent. On peut voir par là l'intérêt que présente la brochure de M. Vavasseur qui contient de nombreux rènseignements sur l'insuffisance de la loi de 1867, démontrée par la pratique, en même temps que de fréquents renvois à la législation étrangère.

L'ensemble des réformes réclamées se réfère à trois ordres d'idées, à la formation du capital social, à la tenue des assemblées générales d'actionnaires, aux émissions d'obligations. Il est curieux de voir combien l'esprit de ceux pour qui « les affaires, c'est l'argent des autres » est ingénieux à trouver des combinaisons pour se débarrasser des règles légales qui les gênent; on en jugera par les fraudes qui se sont produites pour les apports en nature, pour la fusion des

Digitized by Google

sociétés, dans la tenue des assemblées et surtout dans l'émission des obligations. Sur ce dernier point, il y a tout à faire; on comparera avec fruit les dispositions proposées par M. Vavasseur aux idées échangées dans des discussions qui ont eu lieu en 1875 à la Société de législation comparée (*Bulletin* de mai et juin 1875).

Le projet contient encore un chapitre sur la publication des actes de société; le système de la loi de 1867 serait plutôt complété que changé par la création d'un recueil unique devant contenir les actes et les délibérations de la Société; on la réclame vainement depuis longemps. Enfin, un dernier chapitre pose quelques règles générales destinées à punir certains faits frauduleux et à appliquer formellement la loi proposée à toutes les sociétés par actions, qu'elles soient civiles ou commerciales.

Nous en avons dit assez pour montrer toute l'utilité que peuvent retirer de la lecture du travail de M. Vavasseur ceux qui s'intéressent au mouvement commercial et industriel qui a été certainement aidé et développé, mais qui peut aussi être compromis par les sociétés par actions, suivant l'esprit qui préside à leur formation et à leur fonctionnement.

L. RENAULT.

Le concours d'agrégation pour les Facultés de droit, ouvert le 16 avril dernier, s'est terminé le 28 juin.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Beauregard,	docteur	de la Faculté	de Paris.
Thaller,	—	—	Paris.
Michel,	—	—	Paris.
Tartari,	—	—	Grenoble.
Mongin,	—	—	Dijon.
Bressolles,	—	—	Toulouse.
Vidal,	—	—	Aix.
Féder,	—	—	Paris.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4291. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DES DOMMAGES CAUSÉS PAR LA GUERRE. DES CAS ET DES CONDITIONS DANS LESQUELS ILS DONNENT DROIT A INDEMNITÉ. — QUESTIONS DE COMPÉTENCE.

ÉTUDE SUR LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DES CONFLITS ET DU CONSEIL D'ÉTAT,

Par M. Ferdinand Roze, auditeur au Conseil d'État.

Les lois qui règlent les rapports de l'État avec les particuliers en temps de guerre avaient été pour la première fois appliquées après les événements de 1814 et de 1815 [1]. Il semblait, depuis lors, qu'elles n'eussent conservé qu'un intérêt purement théorique, quand la dernière guerre est venue leur donner une nouvelle et douloureuse actualité. La France s'est vue de nouveau réduite aux cruelles nécessités qu'impose une guerre défensive; la mise en état de défense des places fortes, les opérations des armées en campagne ont eu pour inévitable résultat la destruction ou tout au moins la détérioration d'un grand nombre de propriétés. Durs sacrifices, qu'exigeait l'intérêt de la défense nationale et dont s'est accrue l'étendue des pertes que nous a infligées l'ennemi.

I

Ces dommages, que la guerre a causés, l'État est-il tenu de les réparer? ou bien la guerre doit-elle être considérée comme un fait de force majeure, dont les conséquences ne sauraient engager, à aucun degré, la responsabilité de l'État? La question a été vivement débattue dans l'Assemblée nationale, lors des discussions auxquelles a donné lieu la loi du 6 septembre 1871. Au nom de la solidarité qui unit les citoyens d'une même nation, de l'intérêt politique qui exige que ceux-

[1] Voir, sur la réparation des dommages causés par les invasions de 1814 et 1815, une intéressante étude de M. Paul Collet, publiée dans la *Revue critique*, année 1871-72.

Digitized by Google

là ne soient pas les plus maltraités qui ont combattu avec le plus de dévouement pour la cause commune, on a soutenu que l'État devait indemniser les départements envahis des pertes de toute nature qu'ils avaient éprouvées. Telle était la pensée qui avait inspiré le projet de loi émané de l'initiative parlementaire et accepté, au moins en principe, par la commission de la Chambre : « Les contributions de guerre, disait l'article 1er, les réquisitions soit en argent, soit en nature, les amendes et les dommages matériels directs que la guerre et l'invasion ont fait subir aux habitants, aux communes et aux départements d'une partie du territoire français seront supportés par toute la nation. » Peut-être l'Assemblée, émue du triste tableau des misères des départements occupés par l'ennemi, eût-elle écouté les conseils d'un patriotisme aussi imprudent que généreux, si le Chef du pouvoir exécutif ne s'était élevé avec force contre cette tendance. Avec l'énergie d'une conviction profonde, M. Thiers a représenté à la Chambre combien seraient onéreuses pour le Trésor public les conséquences du projet de loi soumis à ses délibérations. Puis, s'élevant à des considérations plus hautes, il l'a adjurée de ne pas voter une loi qui serait en désaccord avec les principes de notre droit public : « Il ne s'agit pas ici d'une dette, s'écriait-il, mais d'un acte de bienfaisance et de générosité nationale. » La Chambre s'est rangée à cet avis et, par l'article 1er de la loi, elle a décidé qu'« un dédommagement serait accordé à tous ceux qui avaient subi, pendant l'invasion, des contributions de guerre, des réquisitions, soit en argent, soit en nature, des amendes et des dommages matériels ». Ce seul mot de dédommagement indiquait nettement la pensée du législateur ; ce n'était plus un droit à indemnité qu'il entendait reconnaître, c'était un secours qu'il accordait à ceux envers qui l'État n'était tenu d'aucune obligation. Ce même caractère se retrouve dans les lois qui ont continué et achevé l'œuvre commencée par la loi du 6 septembre 1871 : « L'État ni la commission du budget, disait le rapporteur de la loi du 7 avril 1873, n'ont entendu créer un droit à indemnité ni consacrer l'existence d'une dette de l'État. » Et le rapporteur de la loi du 28 juillet 1874 tenait le même langage : « La pensée de la commission est que la mesure sera considérée comme tout à fait exception-

Digitized by Google

nelle; elle constitue un dédommagement accordé uniquement à titre gracieux[1]. »

Il est donc certain que les lois votées par l'Assemblée nationale n'ont point imposé à l'État l'obligation de réparer indistinctement tous les dommages causés par la guerre. En distinguant le dédommagement de l'indemnité, elles ont, par là même, accentué la différence entre les dommages dont les citoyens peuvent exiger la réparation et ceux pour lesquels il leur est permis seulement d'attendre un secours de la générosité de l'État. Mais dans quels cas le droit à indemnité existe-t-il? C'est ici que nous rencontrons les principes qu'invoquait M. Thiers et que lui-même résumait en cette formule générale : « L'État n'indemnise jamais des hasards de la guerre, mais seulement des dommages volontaires, intentionnels, réfléchis dont il est l'auteur. » Notre législation n'admet, en effet, ni la responsabilité indéfinie de l'État ni l'absence complète de responsabilité; elle distingue suivant la nature des dommages et, d'après cette distinction, consacre ou dénie le droit à indemnité. A vrai dire, la loi n'a formellement prévu que les dommages auxquels sont exposées les propriétés situées aux abords des places fortes. La loi des 8-10 juillet 1791 « concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs », a déterminé les droits respectifs de l'État et des citoyens dans les relations que créent entre eux les mesures prises pour la défense des places de guerre. De l'ensemble de ses dispositions se dégage le principe que l'État n'encourt de responsabilité que si l'acte dont est résulté le préjudice a le caractère d'une mesure préventive de défense, librement délibérée et exécutée.

Ainsi, pour les places de guerre, nous avons un texte précis. Mais est-il besoin de dire que ce n'est pas seulement autour des places de guerre que se font sentir à la propriété privée les dures nécessités de la lutte? Les mêmes sacrifices s'imposent à elle, sur quelque point du territoire que s'en-

[1] Voir le *Recueil des traités, conventions, lois, décrets et autres actes relatifs à la paix avec l'Allemagne*, 3e volume; le rapport présenté à M. le ministre de l'intérieur par M. Durangel, conseiller d'État, directeur de l'administration départementale et communale, sur la réparation des dommages résultant de l'invasion et la répartition des indemnités.

Digitized by Google

gage l'action, sacrifices d'autant plus pénibles qu'ils étaient moins prévus. Or aucune loi spéciale n'a déterminé quelles seraient, en temps de guerre, les conséquences juridiques des faits qui se produisent hors du rayon des places fortes. On peut, il est vrai, invoquer la loi du 30 mars 1831 « relative à l'expropriation et à l'occupation temporaire, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux de fortifications ». Bien que les formalités, dont cette loi prescrit l'accomplissement, soient le plus souvent incompatibles avec la célérité qu'exige l'exécution de travaux de défense, le droit à indemnité, qu'elle consacre en faveur de ceux qui se seront vus définitivement ou temporairement dépossédés de leurs propriétés, n'en subsiste pas moins. Ce serait, en effet, aller contre l'esprit de la loi et supprimer du même coup toutes les garanties qu'elle a entendu accorder à la propriété, que de subordonner l'existence du droit à indemnité à l'observation de formalités qui n'ont d'autre objet que de concilier les prétentions légitimes de l'intérêt privé avec les exigences de l'intérêt public.

Mais si la loi du 30 mars 1831 est applicable en temps de guerre, encore ne s'applique-t-elle qu'aux dommages résultant de travaux de fortifications, quelle que soit d'ailleurs la nature de ces travaux, fortifications définitives ou de campagne. Dans tous les autres cas, la jurisprudence a dû suppléer au silence des textes. En l'absence de loi spéciale, elle s'est inspirée des principes généraux du droit et, combinant entre elles ces deux règles, l'une que nul ne peut causer à autrui un dommage sans être tenu de le réparer, l'autre que les événements de force majeure ne sauraient engager notre responsabilité, elle a étendu aux actes dommageables, accomplis hors du rayon des places fortes, la distinction établie par la loi de 1791 : le dommage résulte-t-il d'un acte volontaire, intentionnel, réfléchi : il en est dû réparation. Est-il, au contraire, la conséquence d'un fait de guerre : l'État n'en est point responsable.

Ces principes ainsi établis, venons maintenant à l'application qu'en ont faite le tribunal des conflits et le Conseil d'État, dans le jugement des contestations auxquelles ont donné lieu les faits qui se sont produits, soit aux abords des places fortes, soit en dehors de ces places.

Digitized by Google

II

La loi des 8-10 juillet 1791 a prévu trois situations différentes pour une place de guerre : l'état de paix, l'état de guerre, l'état de siége. Bien qu'elle ait eu surtout pour objet de déterminer, au point de vue de la police intérieure de la place, les pouvoirs respectifs de l'autorité civile et de l'autorité militaire, cette distinction n'en a pas moins une importance décisive, lorsqu'il s'agit d'apprécier les rapports de l'État avec la propriété privée.

L'état de guerre est un état intermédiaire entre l'état de paix et l'état de siége. C'est la situation d'une place menacée de l'éventualité, plus ou moins prochaine, d'une attaque ou d'un investissement. Aux termes des articles 8 et 9 de la loi de 1791, l'état de guerre est proclamé par une loi ou par un décret. A ces dispositions est venue s'ajouter celle de l'article 52 du décret du 24 décembre 1811, qui indique certaines circonstances où l'état de guerre existe de plein droit. C'est : 1° en temps de guerre, lorsque la place est en première ligne sur la côte ou à moins de cinq journées de marche des places, camps et positions occupés par l'ennemi; 2° en tout temps, quand des travaux ouvrent une place située sur la côte ou en première ligne; 3° lorsque des rassemblements se forment dans le rayon de cinq journées de marche, sans l'autorisation des magistrats.

Lorsqu'une place ou un poste est en état de guerre, une indemnité est due pour les dommages qui résultent de l'exécution de mesures de défense, telles qu'inondations, occupation de terrains, destruction ou détérioration de maisons, clôtures ou autres constructions. Toutefois, si la construction est située dans la zone des servitudes défensives, le propriétaire n'obtiendra d'indemnité qu'à la condition de prouver qu'elle existait, dans sa nature et ses dimensions actuelles, avant que le sol fût soumis aux servitudes. On sait en effet qu'on ne peut construire sur un terrain compris dans la zone des servitudes qu'en prenant l'engagement de démolir sans indemnité, à la première réquisition de l'autorité militaire, dans le cas où la place ou le poste, déclarés en état de guerre, seraient menacés d'hostilités. Supposons, au contraire, que la

Digitized by Google

propriété atteinte soit située en dehors de la zone : le propriétaire a-t-il droit à indemnité? La question paraît singulière et l'on a peine à concevoir que la condition juridique puisse être différente pour deux immeubles, séparés peut-être par une distance de quelques mètres seulement et dont l'un est en deçà, l'autre au delà de la zone. Cette opinion, cependant, a été soutenue par le ministre de la guerre. Un sieur Guevel ayant demandé à être indemnisé des dommages qu'avaient causés à sa propriété les travaux de défense de la place de Metz, en 1814, le ministre refusa l'indemnité, en se fondant sur ce que la propriété du sieur Guevel était située en dehors du rayon militaire. Par une ordonnance du 6 décembre 1820, le Conseil d'État confirma ce refus; mais les motifs de sa décision sont conçus en termes trop généraux pour qu'on en puisse conclure qu'il se soit rangé à l'avis du ministre. Depuis cette époque, il n'apparaît pas que le ministre de la guerre ait de nouveau soulevé la question; tout au moins n'existe-t-il, à notre connaissance, aucun arrêt où le Conseil d'État l'ait expressément résolue. Mais, à l'occasion de demandes en indemnités formée à raison de la destruction d'immeubles situés en dehors de la zone, le Conseil, loin de s'arrêter à cette circonstance et sans même la mentionner dans sa décision, a seulement tenu compte de la nature des actes qui avaient donné lieu au débat (arr. C. 23 mai 1873, Herouard et Cie; 25 juillet 1873, Descoins. — Voir également trib. conf. 28 juin 1873, Fritsch). Il a déclaré que ces actes n'étaient pas de ceux qu'ont prévus les articles 36, 37 et 38 de la loi de 1791; c'était reconnaître implicitement que les dispositions de cette loi étaient applicables aussi bien au delà qu'en deçà de la zone des servitudes défensives.

Ainsi, en principe, l'État est tenu de réparer les dommages que causent les mesures de défense prises pendant l'état de guerre. Toutefois la jurisprudence apporte à ce principe une grave restriction. Elle décide que la loi de 1791 n'ayant prévu que les mesures préventives de défense, librement délibérées, librement accomplies, a, par là même, affranchi l'État de toute obligation dans le cas où l'acte, dont résulte le dommage, ne présente pas ce caractère; on est alors en présence d'un fait de guerre, dont les conséquences ne sauraient engager

Digitized by Google

la responsabilité de l'État. Mais la difficulté est de déterminer le moment précis où la mesure, ordonnée par l'autorité militaire, perd le caractère de mesure préventive pour prendre celui de fait de guerre. Le Conseil a eu à se prononcer sur ce point à l'occasion des démolitions qui ont eu lieu autour de Paris. La maison d'un sieur de Lamotte avait été démolie à Issy, au commencement de septembre 1870, dans les journées qui se sont écoulées entre le jour de la capitulation de Sedan et celui où Paris a été investi. Le sieur de Lamotte s'étant pourvu devant le Conseil d'État contre la décision ministérielle qui lui refusait une indemnité, le Conseil a rejeté sa requête par un arrêt ainsi motivé : « Considérant qu'à raison de la certitude et de l'imminence de l'investissement, la destruction des bâtiments du sieur de Lamotte doit être rangée parmi les actes qui s'imposent comme une nécessité immédiate de la lutte et ne rentre pas dans les termes des articles 36, 37 et 38 de la loi du 10 juillet 1791, qui n'accordent d'indemnité que pour les dommages résultant de mesures préventives de défense ordonnées par le Chef de l'État ou par un conseil de défense en vue de l'éventualité du siége d'une place. » (Arr. Cons. 23 mai 1873, Lamotte.) C'est à la date de la bataille de Sedan que s'est attaché le Conseil pour déterminer le caractère des dispositions de défense prises autour de Paris; avant la journée de Sedan, mesure préventive; après, fait de guerre (arrêt C. 1er mai 1874, Allotte et Hue; 1er mai 1874, Defresne). L'imminence et la certitude du siége, tel est le criterium.

Cette doctrine est-elle irréprochable? Est-il vrai de dire que la nature de l'acte se modifie, suivant que les circonstances sont plus ou moins pressantes? Peut-être en pourrait-on douter, à ne consulter que les termes des articles 37 et 38 de la loi du 10 juillet 1791. L'article 37 est ainsi conçu : « Dans le cas d'urgente nécessité, qui ne permettrait pas d'attendre les ordres du Roi, le commandant des troupes assemblera le conseil de guerre à l'effet de délibérer sur l'état de la place et la défense de ses environs et d'autoriser la prompte exécution des dispositions nécessaires à sa défense. » Quelle est la situation prévue par cet article? Ce n'est assurément pas l'état de siége, puisqu'il suppose que les ordres du Roi peuvent encore parvenir dans la place ; mais n'est-ce point

Digitized by Google

cet état qui précède immédiatement l'état de siége? Alors, en effet, se rencontrent les deux conditions indiquées par l'article 37 : nécessité urgente et possibilité de communiquer avec l'extérieur. Or l'article 38 reconnaît expressément le droit d'être indemnisés aux particuliers qui seraient victimes de mesures de défense ordonnées en exécution de l'article 37. Du rapprochement de ces deux articles, ne résulte-t-il pas que le principe d'indemnité subsiste, alors même que le siége est imminent et certain?

Quelle que fût la valeur de cette objection, le Conseil d'État ne s'y est pas arrêté. D'ailleurs, sa décision, dans l'affaire Lamotte, était conforme à la jurisprudence du tribunal des conflits. Le tribunal avait, en effet, reconnu que les travaux de fortification de Belfort constituaient des mesures préventives de défense, par le motif qu'au moment de leur exécution, la place de Belfort n'était pas en état de siége effectif et qu'en tous cas, l'investissement n'était ni certain ni imminent (arr. trib. confl. 15 mars 1873, Fiereck). N'était-ce pas réserver la solution contraire pour le cas où il y aurait certitude et imminence du siége? Des arrêts postérieurs consacrent encore implicitement la doctrine du Conseil d'État; à l'occasion de travaux de défense exécutés aux abords du Havre et de Cherbourg, le tribunal, pour apprécier la nature des travaux, s'attache à cette circonstance qu'ils ont eu lieu dans le temps où la place n'était menacée ni d'une attaque ni d'un investissement (28 juin 1873, Dumont; 16 mai 1874, de Riencourt).

C'est donc à partir du jour où aucun doute n'est possible sur l'éventualité du siége, que les actes de l'autorité militaire, réputés faits de guerre, ne peuvent plus engager la responsabilité de l'État. Telle est la règle admise par la jurisprudence; l'application, toutefois, en a été plus ou moins rigoureuse, suivant les circonstances spéciales à chaque affaire. Ainsi, tandis que, pour Paris, le Conseil déclarait que le siége était devenu certain le lendemain de la bataille de Sedan, pour Soissons, au contraire, il décidait que jusqu'au moment où l'armée allemande s'était présentée devant la place, l'investissement était demeuré douteux (arr. C. 13 fév. 1874, Batteux et consorts).

Digitized by Google

III

Si grave que soit la restriction apportée par la jurisprudence, le principe n'en subsiste pas moins : pendant l'état de guerre, les particuliers sont en droit d'obtenir de l'État la réparation des dommages qu'ils ont éprouvés. En est-il de même pendant l'état de siége? A cet égard, la loi de 1791 ne contient aucune disposition ; faut-il en conclure qu'en aucun cas, pendant l'état de siége, la responsabilité de l'État ne sera engagée? Ce serait interpréter trop rigoureusement le silence de la loi, que d'y voir une négation absolue du droit à indemnité. A défaut de disposition spéciale, il est plus juste et plus raisonnable d'appliquer la distinction entre les mesures préventives et les faits de guerre. Il est vrai que la plupart des mesures de défense, pendant l'état de siége, seront prises sous le coup d'une nécessité impérieuse, qu'elles seront imposées par les événements et que la présence de l'ennemi leur imprimera le caractère de faits de guerre. Ce n'est pas à dire pourtant qu'il ne puisse jamais s'élever de doute sur la nature de l'acte qui a occasionné le dommage. Ainsi, supposons qu'en vertu d'une réquisition l'État s'empare d'un immeuble ou d'un objet mobilier ; en principe, une indemnité est due. S'agit-il d'un immeuble : la réquisition est assimilée à un contrat de louage; d'un objet mobilier : elle produit les effets d'un marché de fourniture. Toutefois, il en serait autrement, si les circonstances étaient telles que la réquisition dût être considérée comme un de ces actes qu'imposent les nécessités de la lutte. En voici un exemple emprunté à la jurisprudence du Conseil d'État ; l'occupation d'un immeuble, dans une ville assiégée, a-t-elle eu lieu pour l'installation permanente d'un service public, tel que la fabrication des cartouches : c'est une réquisition (arr. C. 30 avril 1875, Société des deux Cirques); au contraire, une maison a-t-elle été occupée pour y loger les troupes qui devaient, en cas d'attaque, défendre ce côté de la ville : c'est un fait de guerre (arr. C. 6 juin 1872, Bertin).

A l'appui de l'opinion qui n'admet pas que l'état de siége ait pour effet de supprimer d'une manière absolue le droit à indemnité, M. le commissaire du gouvernement David ima-

Digitized by Google

ginait le cas où, dans l'intérieur d'une place assiégée, il serait créé une seconde ligne de défense ; les préjudices, que causerait à la propriété privée l'exécution des travaux, seraient-ils de ceux que l'État n'est pas tenu de réparer? La question assurément pourrait être discutée ; mais nous inclinerions à penser que, même dans ce cas, la responsabilité de l'État ne serait pas engagée. Il est à présumer, en effet, que ces travaux, œuvre d'une résistance désespérée, ne seraient ordonnés que sous l'empire de la plus pressante necessité, et cette circonstance suffirait pour que l'État fût affranchi de toute obligation.

Il est inutile d'insister sur les rigoureuses conséquences de l'état de siége pour montrer combien il importe de le définir exactement. Cette définition, le tribunal des conflits et le Conseil d'État l'ont donnée de la façon la plus nette et la plus précise. La première question soumise à leur examen a été celle de savoir si le principe d'indemnité recevait quelque atteinte de la déclaration d'état de siége prononcée par une loi ou par un décret. Une maison est démolie aux abords d'une place comprise dans un département déclaré en état de siége ; le propriétaire est-il, par ce fait seul, déchu de tout droit à indemnité? Le ministre de la guerre l'a soutenu à plusieurs reprises, en se fondant sur les termes de l'article 39 du décret du 10 août 1853, lequel, après avoir disposé qu'aucun dommage résultant d'une mesure de défense prise par l'autorité militaire, pendant l'état de siége, n'ouvre droit à indemnité, ajoute : « L'état de siége d'une place ou d'un poste est déclaré par une loi ou par un décret. »

Pour apprécier la portée de cet article, il faut se rappeler quel a été l'objet du décret de 1853. Il a été rendu, en exécution de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1851, « en vue de réunir et de coordonner dans leur ensemble toutes les dispositions des lois concernant les servitudes imposées à la propriété autour des fortifications ». Il suit de là qu'il n'a pu avoir pour effet de modifier la législation antérieure ; les termes de la délégation, que nous venons de rappeler, interdisaient, sous peine d'excès de pouvoirs, toute innovation. C'est donc dans les lois antérieures qu'il faut chercher la définition de l'état de siége. L'article 11 de la loi des 8-10 juillet 1791 est ainsi conçu : « Les places de guerre et postes mili-

Digitized by Google

taires seront en état de siége, non-seulement dès l'instant que les attaques seront commencées, mais même aussitôt que par l'effet de leur investissement par des troupes ennemies, les communications du dehors au dedans et du dedans au dehors seront interceptées à la distance de 1,800 toises des crêtes des chemins couverts. » Article 12 : « L'état de siége ne cessera que lorsque l'investissement sera rompu et, dans le cas où les attaques auraient été commencées, qu'après que les travaux des assiégeants auront été détruits et que les brèches auront été réparées ou mises en état de défense. » L'état de siége, que prévoient ces articles, c'est l'état de siége réel, effectif, résultant soit de l'investissement de la place, soit d'une attaque de vive force.

Les lois postérieures ont-elles modifié ces dispositions de la loi de 1791? La loi du 19 fructidor an V confère au gouvernement le pouvoir de proclamer l'état de siége par décret. Dans son article 53, le décret du 24 décembre 1811 dispose que « l'état de siége est déterminé par un décret de l'Empereur ou par l'investissement, ou par une attaque de vive force, ou par une surprise, ou par une sédition intérieure, ou par des rassemblements formés dans le rayon d'investissement sans l'autorisation des magistrats ». Enfin, aux termes de la loi du 9 août 1849, l'état de siége est déclaré, suivant les circonstances, par une loi ou par un décret. Quelle a été l'intention du législateur en accordant au gouvernement cette prérogative? A-t-il entendu lui donner le moyen d'anéantir les droits de la propriété privée sur telle ou telle partie du territoire qu'il lui semblerait opportun de déclarer en état de siége? En aucune façon; il s'agit uniquement ici d'une mesure d'ordre intérieur et la pensée de la loi est de rendre l'action du gouvernement, quand les circonstances l'exigent, plus énergique et plus prompte. La déclaration de l'état de siége est entre les mains de l'autorité une arme puissante, dont elle doit se servir, quand les moyens, dont elle dispose ordinairement pour le maintien de la paix publique, sont reconnus insuffisants. Mais elle n'a d'efficacité qu'au point de vue de la police et n'exerce aucune influence sur les rapports que crée entre l'État et les citoyens la mise en état de défense de la place. Loin de modifier les dispositions de la loi de 1791, la loi de 1849 en a expressément réservé l'appli-

Digitized by Google

cation : « Les effets de l'état de siége, est-il dit dans l'article 10, continuent, en cas de guerre étrangère, à être déterminés par les dispositions de la loi du 10 juillet 1791 et du décret du 24 décembre 1811. » Or ce décret n'a point touché aux droits de la propriété.

Ce rapide examen des textes suffit à démontrer que l'état de siége n'aura pour résultat de priver les particuliers du droit à indemnité qu'autant qu'il sera réel et effectif. Admettre l'opinion contraire, ce serait reconnaître au gouvernement la faculté de se soustraire, en proclamant l'état de siége, à l'obligation de réparer les dommages causés par les mesures de défense et livrer les particuliers à la merci de l'administration. Ainsi, à défaut des textes, la raison et l'équité condamneraient hautement la prétention élevée par le ministre de la guerre.

Cette doctrine a été mise en pleine lumière dans les conclusions de M. le commissaire du gouvernement David et consacrée par plusieurs décisions du tribunal des conflits et du Conseil d'État (D. s. conflit, C. provisoire, 13 mai 1872, Brac de la Perrière ; trib. conf. 15 mars 1873, Fiereck). Le tribunal des conflits déclare formellement, dans un de ses arrêts, que ni la loi de 1791 ni aucune autre disposition législative n'ont distingué entre les divers points du territoire suivant que l'état de siége y aurait été ou non proclamé ; « qu'en déniant toute indemnité au cas d'occupation ou de dommage résultant d'un fait de guerre ou d'une mesure de défense prise par l'autorité militaire pendant l'état de siége, l'article 39 du décret du 10 août 1853 n'a eu en vue que les conséquences des accidents de guerre et des actes de défense qui s'imposent comme nécessité immédiate de la lutte (trib. conf. 11 janvier 1873, Coignet).

En résumé, pour qu'il y ait *fait de guerre* dans l'intérieur d'une place forte ou aux abords de cette place, il faut que l'investissement soit commencé, qu'une attaque ait été dirigée contre la place, ou du moins qu'il y ait imminence et certitude d'une attaque ou d'un investissement.

IV

Venons maintenant aux faits qui se sont produits hors du rayon des places fortes. Ici encore, même distinction entre

Digitized by Google

l'acte volontaire et réfléchi et celui qu'imposent les nécessités de la lutte. Mais quelles sont les règles d'application de ce principe? Quels sont les signes caractéristiques, qui permettront de distinguer la mesure préventive du fait de guerre?

A cette question, M. le commissaire du gouvernement Laferrière a répondu de la manière la plus décisive, dans les conclusions qu'il a présentées à l'occasion du recours formé, en 1873, par le sieur Pesty-Rémond contre l'arrêté du ministre de la guerre qui repoussait sa réclamation. La propriété du requérant, sise à Porchefontaine, avait été occupée par les troupes françaises du 25 mars au 15 mai 1871 : l'occupation avait eu lieu en vue des opérations militaires dirigées contre Paris; constituait-elle un fait de guerre? Pour arriver à une solution, M. le commissaire du gouvernement a dû s'attacher à préciser le sens et la portée de cette expression : fait de guerre. Or trois opinions sont en présence : la première, la plus restrictive, n'admet pour fait de guerre que le fait accidentel et fortuit; elle ne laisse aucune part à la réflexion, à la libre volonté; la spontanéité et, en quelque sorte, la fatalité de l'acte, tel est le critérium. A l'inverse, dans le second système, le fait de guerre n'est pas seulement l'accident de combat; c'est encore l'acte librement accompli, après délibération et par prévoyance. La seule condition est que cet acte se rattache aux opérations stratégiques, ne fût-ce d'ailleurs que par un lien indirect (en ce sens, ord. C. 26 mars 1823, Glairet). Enfin, le troisième système, moins restrictif que le premier, moins large que le second, considère comme faits de guerre, non-seulement les faits accidentels et de force majeure, mais encore les mesures librement conçues, ordonnées et exécutées, pourvu toutefois qu'à raison de leur objet du temps et du lieu où elle s'accomplissent, elles aient avec l'action militaire un rapport immédiat et direct.

Cette dernière opinion, plus raisonnable et plus conforme au sens naturel des mots, a été soutenue par M. Laferrière, et nous ne saurions mieux faire que de citer ses propres paroles, à l'encontre du premier système, le seul qu'il eût à combattre dans l'espèce. « La doctrine qui ne voit le fait de guerre que dans l'acte fatal, l'agression brutale et qui croit être logique, parce qu'elle est absolue, cette doctrine sépare

Digitized by Google

arbitrairement les parties d'un même acte. Elle admet le fait de guerre là où s'établit la batterie de siége, là où porte le boulet de canon, là où passe la colonne d'assaut, mais elle ne l'admet pas là où campent les hommes prêts à former cette colonne d'assaut, là où sont les réserves des troupes d'artillerie, des munitions, qui permettent d'entretenir le feu et d'en utiliser les effets, comme si l'un était possible sans l'autre, comme si ce n'étaient pas les diverses faces d'un même objet qui est l'armée assiégeante. »

Conformément à ces conclusions, le Conseil d'État a décidé que l'occupation de la propriété du sieur Pesty-Rémond constituait un fait de guerre (arr. C. 9 mai 1873, Pesty-Rémond). Cette décision s'accordait-elle avec celles qu'avait précédemment rendues le tribunal des conflits? Dans ses arrêts en date des 11 janvier et 15 mars 1873, le tribunal déclarait que les actes soumis à son appréciation n'avaient pas le caractère de faits de guerre accidentels. Ce dernier mot était-il l'expression d'un système? Pour se convaincre du contraire, il suffit de se rappeler dans quelles circonstances était né le litige qui avait donné lieu au conflit. Il s'agissait de travaux de défense exécutés aux abords des places de Belfort et de Lyon ; le moment même de l'exécution de ces travaux en indiquait nettement la nature ; c'étaient, à n'en pas douter, de simples mesures de prévoyance. Dans ces conditions, le tribunal n'avait pas à définir le fait de guerre, et ce serait exagérer la portée du mot *accidentel*, dont il s'est servi, que d'y voir autre chose qu'une épithète destinée à rendre plus sensible la distinction entre le fait de guerre et la mesure préventive. Il semble d'ailleurs que le tribunal ait lui-même condamné par avance une interprétation trop rigoureuse de sa première expression, en ajoutant que les actes « ne s'étaient pas imposés comme une nécessité immédiate de la lutte ». C'est là, en effet, une qualification beaucoup plus générale et qui s'applique avec autant de justesse à l'accident de combat et à la disposition stratégique se rattachant directement à l'action.

Les termes qu'ont employés le tribunal des conflits et le Conseil d'État pour caractériser le fait de guerre nous sont une preuve évidente que l'expression n'a été prise ni dans son acception la plus étroite ni dans son sens le plus large.

Digitized by Google

Dire que le fait de guerre est l'acte qui s'impose comme une nécessité immédiate de la lutte, n'est-ce pas exclure par là même les mesures qui n'auraient avec les opérations militaires qu'un rapport éloigné ? Un arrêt rendu par le tribunal des conflits le 1er février 1873 ne laisse aucun doute sur ce point. Un sieur de Pomereu avait formé devant le tribunal civil une action en indemnité contre l'État, à raison des dommages qu'avaient causés à sa propriété les travaux d'organisation des lignes de Carentan. Le préfet de la Manche ayant élevé le conflit, le tribunal des conflits, pour déterminer la compétence, eut à se prononcer sur la nature des actes litigieux. Les fortifications, établies aux environs de Carentan, étaient destinées à préserver d'une invasion probable la presqu'île du Cotentin, dont l'occupation offrait à l'ennemi de précieux avantages. Sans parler des facilités d'approvisionnement qu'il eût trouvées dans un pays aussi riche, la prise de Cherbourg lui aurait permis d'intercepter nos communications par mer et d'infliger à notre marine un irréparable désastre; mais, si importants qu'ils fussent, ces travaux, commencés dès le mois de septembre 1870, étaient l'œuvre d'une sage prévoyance; leur nécessité n'était pas de celles qu'impose impérieusement la lutte ; aussi le tribunal les a-t-il considérés comme de simples mesures préventives.

Ce serait, en effet, exagérer le principe de l'irresponsabilité de l'État que de l'étendre aux actes qui ne se relient qu'indirectement aux opérations militaires. Ce principe a des conséquences assez rigoureuses pour que l'application en doive être restreinte à ses plus exactes limites ; et, s'il est juste d'admettre que l'État n'est tenu d'aucune obligation dans le cas où les mesures qu'il ordonne sont étroitement liées à l'action, il n'est pas moins juste de reconnaître que, dans le cas contraire, sa responsabilité est engagée tout entière.

C'est, d'ailleurs, une question laissée à l'appréciation du juge que celle de savoir si l'acte s'imposait ou non comme une nécessité immédiate de la lutte. La solution dépend uniquement des circonstances dans lesquelles se sont accomplis les faits qui ont donné naissance au débat ; aussi nous bornerons-nous à citer quelques exemples empruntés à la jurisprudence du Conseil d'État. Un sieur Pataille réclamait une indemnité à raison des dommages qui étaient résultés de

Digitized by Google

l'établissement d'un camp dans le bois des Hies, sa propriété. En octobre 1870, quelques jours avant le combat de Tolmay, des gardes mobiles, qui devaient concourir à la défense du passage de la Vigeanne contre l'armée allemande, avaient campé dans le bois des Hies; aussitôt après le combat de Tolmay et sans avoir pris part à l'action, ils s'étaient repliés sur Dijon. Le Conseil décide que l'occupation d'un bois par un corps de troupes manœuvrant devant l'ennemi constitue un fait de guerre et ne peut donner lieu à l'allocation d'une indemnité par la voie contentieuse (arr. C. 8 août 1873, Pataille). Le 11 décembre 1874, même décision sur le recours formé par la compagnie concessionnaire du pont de Meung contre l'arrêté par lequel le ministre de la guerre refusait de l'indemniser des pertes que lui avait fait éprouver la destruction du pont. C'était le 21 septembre 1870, alors que l'armée allemande s'avançait vers la Loire, que le pont avait été démoli par ordre de l'autorité militaire; ne pas le détruire, c'était compromettre la situation du 15e corps et la défense d'Orléans (arr. C. 11 décembre 1874, Cie conc. pont de Meung). Autre exemple: un chantier de bois est incendié, des récoltes brûlées à l'approche ou même en vue de l'ennemi et dans le but de lui soustraire des approvisionnements; ce sont des faits de guerre; l'État n'est pas tenu d'indemniser ceux qui en ont été victimes (arr. C. 1er mai 1874, Thinet; 6 juin 1873, Fontaine, Hédelin et consorts.—Voir également arr. C. 13 mars 1874, Collot; 24 juillet 1874, Berson).

La distinction n'est ni moins importante ni parfois moins délicate entre le fait de guerre et la réquisition. Ici encore, le juge exerce un souverain pouvoir d'appréciation. Un jour de bataille, l'autorité militaire s'empare de sacs de laine pour construire une barricade; bien qu'il ait été délivré un reçu de ces objets, c'est un fait de guerre dont l'État n'est pas responsable (arrêt C. 8 août 1873, Faglin). Il en est de même de la saisie et de la vente d'un troupeau, lorsque le troupeau a été saisi pour empêcher qu'il ne tombât entre les mains de l'ennemi et vendu parce qu'il était impossible de le conserver. Dans ce cas, le propriétaire n'a droit qu'au remboursement du prix de vente, dans quelques conditions que la vente ait eu lieu (arrêt C. 27 juin 1873, Hervaux et consorts). Au contraire, une indemnité serait due, si des

Digitized by Google

denrées étaient saisies, détruites ou consommées sur place, sans qu'il y eût péril imminent de mainmise par l'ennemi (arrêt C. 14 novembre 1873, Darreau-Durand).

V

Dans les divers cas que nous venons d'examiner, à quelle juridiction doivent s'adresser les particuliers pour faire reconnaître leur droit et fixer le montant de l'indemnité qui leur est due? La loi de 1791 était muette sur ce point. Dans le silence de la loi, force était donc de se référer aux principes en vigueur sur la reconnaissance et la liquidation des dettes de l'État : c'était le ministre de la guerre qui prononçait et, contre sa décision, un recours était ouvert devant le Conseil d'État. Il en fut ainsi jusqu'en 1819; la loi du 17 juillet de cette année, dans son article 15, disposa que « les indemnités prévues par les articles 18, 19, 20, 24, 33 et 38 de la loi du 10 juillet 1791 seraient fixées dans les formes prescrites par la loi du 8 mars 1810 et préalablement acquittées, conformément à l'article 10 de la Charte constitutionnelle ».

De cette référence à la loi de 1810, résulte pour l'autorité judiciaire le pouvoir de régler les indemnités auxquelles donnent lieu les mesures de défense ordonnées en temps de guerre. Mais des termes de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1819, il résulte également que cette attribution de compétence est limitative et doit être restreinte aux cas prévus par la loi de 1791. Ainsi le décide la jurisprudence qui, s'inspirant des dispositions de la loi de 1791 spécialement visées par l'article 15 de la loi de 1819, exige trois conditions pour que l'autorité judiciaire soit compétente.

La première est que le préjudice dont il est demandé réparation ait le caractère d'un dommage matériel. Cela est dit, en termes exprès, dans une ordonnance rendue en Conseil d'État, statuant au contentieux, le 7 avril 1835. Un sieur Guerlin-Houel avait réclamé devant le tribunal civil de Soissons une indemnité à raison du dommage que lui causait la construction, par le génie militaire, d'un mur crénelé devant sa maison. L'administration ayant élevé le conflit, le Conseil d'État déclare que la compétence du ministre,

Digitized by Google

absolue jusqu'en 1819, a été maintenue dans tous les cas autres que ceux prévus par les articles de la loi de 1791, auxquels se réfère la loi de 1819, et que ces articles ne comprennent que les expropriations, les privations de jouissance pour occupation momentanée et les dommages matériels. Appliquant ce principe aux faits de la cause, le Conseil décide qu'il n'appartenait pas au tribunal civil de connaître d'une action en indemnité fondée sur la diminution de valeur qui résultait, pour l'immeuble du requérant, de la proximité d'un mur crénelé.

En second lieu, les articles de la loi de 1791, cités dans la loi de 1819, n'ont formellement reconnu le droit à indemnité qu'à l'occasion de mesures prises pendant l'état de paix ou l'état de guerre. Aucune de leurs dispositions n'est relative à l'état de siége. De là cette conséquence que l'autorité judiciaire ne sera compétente que si le dommage s'est produit pendant l'état de paix ou pendant l'état de guerre. S'il y avait état de siége, et ces mots ne doivent s'entendre que d'un siége réel et effectif, le règlement des indemnités, à supposer qu'il pût en être dû, appartiendrait à l'autorité administrative.

Enfin, la loi de 1791 ne prévoit que les dommages résultant de mesures préventives de défense; ce sont seulement les actes de cette nature dont l'autorité judiciaire a le pouvoir d'apprécier les conséquences; les faits de guerre ne sont point de sa compétence. Il importe donc, avant tout, de déterminer exactement le caractère de l'acte qui a donné naissance au litige. C'est là une question préjudicielle, que l'autorité administrative a seule le droit de résoudre et dont le tribunal civil doit, avant de statuer, lui renvoyer l'examen. Rigoureusement, il suffirait, pour que le tribunal fût obligé de suspendre son jugement, que l'administration contestât, au point de vue juridique, la nature des actes dont on prétend la rendre responsable. Mais le tribunal des conflits s'est départi de cette rigueur, et voici le tempérament qu'il a admis. Si, de l'aveu même des parties intéressées, les faits sont tels que les a révélés l'instruction et qu'il en résulte avec évidence que la mesure qui a occasionné le dommage constitue un fait de guerre, le tribunal doit se déclarer incompétent; s'il n'est pas douteux, au contraire, que ce soit

Digitized by Google

une mesure préventive de défense, le tribunal retiendra la connaissance de l'affaire. C'est donc seulement en cas de doute sur le caractère des faits, que s'impose au tribunal l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité administrative ait prononcé sur la question préjudicielle. Cette théorie ressort clairement de nombreux arrêts du tribunal des conflits; nous nous bornerons à rappeler la décision suivante : Un sieur Dumont avait intenté devant le tribunal civil une action en indemnité contre l'État, à raison des travaux exécutés sur sa propriété située aux abords du Havre; le tribunal s'était déclaré compétent. Le conflit ayant été élevé par le préfet de la Seine-Inférieure, le ministre de la guerre soutenait devant le tribunal des conflits qu'il y avait fait de guerre accompli en présence de l'ennemi et revendiquait pour l'autorité administrative le droit d'apprécier le caractère des actes litigieux. Le tribunal des conflits ne s'est pas arrêté à ces objections et, se fondant sur l'évidence des faits, constatés par les procès-verbaux du génie militaire, il a reconnu que les travaux rentraient dans la catégorie de ceux que prévoit l'article 38 de la loi du 10 juillet 1791 et que, dès lors, c'était à bon droit que le tribunal civil du Havre s'était déclaré compétent (trib. conf. 28 juin 1873, Dumont. — Voyez également Dr. sur conflit, commission provisoire, 13 mai 1872, Brac de la Perrière; trib. conf. 11 janvier 1873, Coignet, Royer, Charret; 1er mars 1873, Rosse; 15 mars 1873, Fiereck; 16 mai 1874, de Riencourt).

La compétence de l'autorité judiciaire ayant été restreinte par la loi de 1819 aux cas prévus par la loi de 1791, et cette dernière loi ne concernant que les places fortes, le ministre de la guerre a soutenu devant le tribunal des conflits que l'autorité judiciaire était incompétente pour apprécier les dommages causés à une propriété qui n'était point située aux abords d'une place de guerre. Il s'agissait, dans l'affaire à laquelle nous faisons allusion, de l'occupation temporaire des propriétés du sieur de Pomereu pour l'exécution des travaux de défense de Carentan. La question offrait peu d'intérêt; car, à défaut de la loi de 1819, la loi du 30 mars 1831 a expressément attribué à l'autorité judiciaire la connaissance des demandes en indemnite formées à raison des dommages

Digitized by Google

résultant de travaux de fortifications, sur quelque point du territoire que ces travaux s'exécutent. Mais dans son arrêt en date du 1er février 1873, le tribunal des conflits a décidé que la compétence établie par la loi de 1831 était déjà consacrée par l'article 15 de la loi du 17 juillet 1819 et que, « si cette disposition s'occupe spécialement des propriétés situées autour des places de guerre, la compétence qu'elle déclare s'étend néanmoins à toutes les propriétés atteintes par les mêmes faits d'expropriation et d'occupation temporaire, qu'elles dépendent ou non d'une place de guerre ».

VI

En terminant, nous résumerons rapidement les règles que nous venons d'exposer. S'agit-il de dommages causés à une propriété située aux abords d'une place forte? Il faut distinguer suivant que les faits se sont accomplis pendant l'état de guerre ou pendant l'état de siége. Pendant l'état de guerre? L'indemnité est due, à moins toutefois que la mesure prise par l'autorité militaire ne se soit imposée comme une nécessité immédiate de la lutte. C'est ce qui aura lieu, par exemple, si le siége est imminent et certain. Pendant l'état de siége? C'est alors la règle inverse; l'État, en principe, n'encourt aucune responsabilité; car la présence de l'ennemi imprime aux mesures de défense le caractère de faits de guerre; mais ce n'est là qu'une présomption qui peut être combattue par la preuve contraire. La propriété est-elle située en dehors d'une place forte? Si le dommage résulte de travaux librement conçus, librement exécutés, sans nécessité actuelle et par prévoyance, l'État est tenu de le réparer; il est, au contraire, affranchi de toute obligation, si les actes se rattachent à l'action militaire par un lien immédiat et direct. Cette distinction essentielle entre la mesure préventive et le fait de guerre reçoit encore son application, lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence. L'autorité judiciaire ne connaît que des demandes en indemnité formées à raison de dommages résultant de mesures préventives : pour qu'elle soit compétente dans les cas prévus par la loi de 1791, il faut de plus que le dommage soit matériel et qu'il se soit produit pendant l'état de guerre.

Telle est, en résumé, la doctrine qui se dégage des arrêts

Digitized by Google

du tribunal des conflits et du Conseil d'État. Ces arrêts ont été l'objet d'assez vives critiques; on leur a reproché d'avoir sacrifié les droits de la propriété privée, en restreignant, dans de trop étroites limites, la responsabilité de l'État. Ce reproche ne nous semble pas mérité; le tribunal des conflits et le Conseil d'État ont donné des textes l'interprétation la plus équitable et la plus conforme aux principes de notre droit public; leurs décisions sont empreintes d'un profond sentiment de justice et d'impartialité. Sans doute, bien des réclamations ont été repoussées, dont les auteurs étaient dignes d'intérêt; mais à l'Assemblée nationale, et à elle seule, était réservé le pouvoir de secourir ces infortunes; quant aux tribunaux, leur devoir était d'appliquer la loi, si rigoureuse qu'en pût être l'application. FERDINAND ROZE.

LE DROIT DE LA GUERRE,

D'APRÈS LES RÉSOLUTIONS DU CONGRÈS DE BRUXELLES.

Par M. MIGNERET, ancien conseiller d'État.

Du 27 juillet au 27 août 1874, les délégués de quinze États européens réunis à Bruxelles, d'après l'invitation de la Russie [1], ont délibéré sur « les moyens de préciser dans une

[1] *Allemagne.* — Général de Voigts-Rhetz; général baron de Leonrod; major baron de Welch; conseiller d'État baron de Soden; conseiller intime docteur Bluntschli.

Autriche. — Le comte Chotek; général major baron de Schoenfeld.

Belgique. — Baron de Laubermont; Ch. Faider; colonel Mockel.

Danemark. — Directeur Vedel; colonel Brun.

Espagne. — Duc de Tetuan; général Servert y Fumigally; contre-amiral de la Pezuela.

France. — Baron Baude; général de brigade Arnaudeau.

Grande-Bretagne. — Major général sir Horsford.

Grèce. — Lieutenant-colonel Manos.

Italie. — Albert Blanc; lieutenant-colonel Lanza.

Pays-Bas. — De Landsberge; général-major Van der Schrieck.

Portugal. — Docteur Antas; général A. Palmeira.

Russie. — Baron A. Jomini; général-major de Leer; conseiller de Cour Martens.

Suède et Norwége. — Lieutenant-colonel Staaf.

Suisse. — Colonel fédéral Hammer.

Turquie. — Caratheodory; J. Edhem.

Digitized by Google

« mesure pratique, par un accord général, ce que d'un côté « les nécessités de la guerre comportent et ce que, de l'autre « côté, les intérêts solidaires de l'humanité excluent, dans « l'état présent de la civilisation et des rapports interna- « tionaux. »

Le résultat de ces délibérations a été un « projet de déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre », qui, revêtu de l'adhésion des puissances contractantes, deviendrait obligatoire pour elles.

Le droit international de la guerre serait entré, si cette tentative eût abouti, dans une phase nouvelle, et la force, au lieu de rester tyrannique et arbitraire, aurait eu son Code et sa législation. Mais la tentative seule et le document qu'elle a produit sont un fait considérable dans le développement du droit des gens international [1].

[1] Sans aucun doute on trouverait dans le texte des nombreux traités particuliers conclus entre les nations des stipulations précisant les règles qu'elles admettent entre elles pour certains cas prévus dans des guerres particulières; mais il nous semble que la première rédaction d'un Code de guerre positif et international remonte à la déclaration intervenue à la suite du traité de Paris, le 16 avril 1856, laquelle règle plusieurs points du droit maritime en temps de guerre. Bien qu'il ait été expressément stipulé que la conférence de Bruxelles ne toucherait pas aux questions de guerre maritime et se renfermerait exclusivement dans le droit des guerres continentales, il n'est pas sans intérêt de rapprocher le texte de ce traité dont certains principes ont été signalés par analogie.

1. La course est et demeure abolie.

2. Le pavillon couvre la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre.

3. La marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi.

4. Les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral à l'ennemi.

La présente déclaration n'est et ne sera obligatoire qu'entre les puissances qui y ont ou qui y auront accédé.

La convention dite de Genève, pour l'amélioration du sort des militaires blessés sur le champ de bataille (23 août 1864), est un second acte de droit positif et international de guerre, et il importe d'autant plus d'en rappeler le texte qu'il en a été longuement question dans les délibérations de la conférence de Bruxelles.

Art. 1er. — Les ambulances et les hôpitaux militaires seront reconnus

Digitized by Google

En effet, ce n'est point un droit nouveau que la conférence a entendu inaugurer, mais elle a voulu recueillir dans une

neutres, et, comme tels, protégés et respectés par les belligérants aussi longtemps qu'il s'y trouvera des malades et des blessés.

La neutralité cesserait, si ces ambulances ou ces hôpitaux étaient gardés par une force armée militaire.

Art. 2. — Le personnel des hôpitaux et des ambulances, comprenant l'intendance, les services de santé, d'administration, de transports des blessés, ainsi que les aumôniers, participera au bénéfice de la neutralité tant qu'il fonctionnera et qu'il restera des blessés à relever ou à secourir,

Art. 3. — Les personnes désignées dans l'article précédent pourront, même après l'occupation par l'ennemi, continuer à remplir leurs fonctions dans l'hôpital ou l'ambulance qu'elles desservaient ou se retirer pour rejoindre le corps auxquels elles appartiennent.

Dans ces circonstances, lorsque ces personnes cesseront leurs fonctions, elles seront remises aux avant-postes ennemis par les soins de l'armée occupante.

Art. 4. — Le matériel des hôpitaux militaires demeure soumis aux lois de la guerre, les personnes attachées à ces hôpitaux ne pourront, en se retirant, emporter que les objets qui sont leur propriété particulière.

Dans les mêmes circonstances, au contraire, l'ambulance conservera son matériel.

Art. 5. — Les habitants du pays qui porteront secours aux blessés seront respectés et demeureront libres.

Les généraux des puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur humanité et de la neutralité qui en sera la conséquence.

Tout blessé recueilli ou soigné dans une maison y servira de sauvegarde. L'habitant qui aura recueilli chez lui des blessés sera dispensé du logement des troupes ainsi que d'une partie des contributions de guerre qui seraient imposées.

Art. 6. — Les militaires blessés ou malades seront recueillis et soignés à quelque nation qu'ils appartiendront. Les commandants en chef auront la faculté de remettre immédiatement aux avant-postes ennemis les militaires blessés pendant le combat, lorsque les circonstances le permettront, et du consensement des deux partis.

Seront renvoyés dans leurs pays ceux qui, après guérison, seront reconnus incapables de servir.

Les autres pourront être également renvoyés à la condition de ne plus reprendre les armes pendant la durée de la guerre.

Les évacuations, avec le personnel qui le dirige, seront couvertes par une neutralité absolue.

Art. 7. — Un drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. Il devra être, en toute circonstance, accompagné du drapeau national.

Un brassard sera également admis pour le personnel neutralisé, mais la délivrance en sera laissée à l'autorité militaire.

Le drapeau et le brassard porteront croix rouge sur un fond blanc.

Art. 8. — Les détails d'exécution de la présente convention seront réglés

Digitized by Google

enquête et une discussion suivies par les hommes les plus compétents, coordonner et sanctionner, s'il est possible, les maximes du droit des gens applicables à la guerre. Cela ressort de tous protocoles. Aussi, sans se faire illusion sur les difficultés de convertir leur œuvre en un acte diplomatique obligatoire, les membres de la conférence n'en attachaient pas moins une grande valeur doctrinale et pratique à la solennelle consultation qu'ils rédigaient pour le monde militant. « Quelle que soit, pour l'avenir, la suite donnée aux déli-

par les commandants en chef des armées belligérantes d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs et conformément aux principes généraux énoncés dans cette convention.

Art. 9. — Les hautes puissances contractantes sont convenues de communiquer la présente convention aux gouvernements qui n'ont pu envoyer des plénipotentiaires à la conférence internationale de Genève en les invitant à y accéder par le protocole, à cet effet, laissé ouvert.

Art. 10. — La présente convention sera ratifiée, etc.

La conférence de Genève a donné lieu à de nouvelles conférences et à l'adoption d'articles additionnels complémentaires auxquels il a été fait allusion durant les discussions de Bruxelles, mais qui n'ont pas été acceptés par toutes les puissances et n'ont par conséquent pas de force obligatoire.

Mentionnons aussi une déclaration, provoquée par la Russie et échangée à Saint-Pétersbourg le 29 novembre (11 décembre 1868), sur l'emploi des balles explosibles ; elle est ainsi conçue :

« Considérant que le progrès de la civilisation, etc.;

« Les parties contractantes s'engagent à renoncer mutuellement, en cas de guerre entre elles, à l'emploi par leurs troupes de terre ou de mer, de tout projectile d'un poids inférieur à 100 grammes qui serait explosible ou chargé de matières fulminantes ou inflammables.

« Elles inviteront tous les États qui n'ont pas participé, par l'envoi de délégué aux délibérations de la commission militaire internationale réunie à Saint-Pétersbourg, à accéder au présent engagement.

« Cet engagement n'est obligatoire que pour les parties contractantes ou accédantes en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles, il n'est pas applicable vis-à-vis des parties non contractantes ou qui n'auraient pas accédé.

« Il cesserait également d'être obligatoire du moment où, dans une guerre entre parties contractantes ou accédantes, une partie non contractante ou qui n'aurait pas accédé se joindrait à l'un des belligérants.

« Les parties contractantes ou accédantes se réservent de s'entendre ultérieurement toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes afin de maintenir les principes qu'elles ont posés et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité.

« Puissances adhérentes : Autriche, Bavière, Belgique, Danemark, France, Grande-Bretagne, Grèce, Italie, Pays-Bas, Perse, Portugal, Prusse et Allemagne du Nord, Russie, Suède et Norwége, Suisse, Turquie et Wurtemberg.

Digitized by Google

« bérations de la circonférence », disait, à la séance du 13 août[1], le président Jomini, « il est incontestable qu'elles « auront en tout cas jeté une vive lumière sur un grand « nombre de questions importantes. Avoir amené des repré- « sentants de tous les États européens à discuter les prin- « cipes essentiels qui doivent, en réglant la guerre, en adou- « cir et admettre un certain nombre, à préparer les solutions « des autres, et enfin à asseoir ainsi les bases de l'édifice « qu'il s'agit de construire, c'est un fait dont l'importance « ne peut échapper à personne et dont on ne peut que se « féliciter. »

Le délégué de Belgique avait pu dire un instant auparavant avec autant de raison : « On ne peut pas conclure de ce « qu'il n'existe pas de traité international sur le droit inter- « national des gens, que les règles du droit des gens sont « inconnues ou n'ont aucune sanction. Grâce au progrès de « la civilisation et aux travaux de la science, les principes « essentiels sont aujourd'hui dans tous les esprits, et il n'est « point de chef d'armée qui oserait, de notre temps, faire « bon marché de la conscience générale[2]. »

Laissons donc à la diplomatie le soin d'achever son œuvre. Les jurisconsultes ont dès à présent le droit de se saisir des matériaux précieux fournis par la conférence, de les faire entrer dans la littérature juridique et dans le corps de doctrines que depuis Grotius ils élaborent avec tant de soin et de succès en dehors de toute sanction autre que cette force obligatoire qui, dans l'ordre moral, s'attache à la longue au juste et au vrai.

Ces considérations nous ont paru justifier une étude détaillée des procès-verbaux de la conférence, en vue d'en exposer les principes, les conséquences et la portée aussi clairement qu'il nous serait possible. Il est utile à tous que ce commentaire, en quelque sorte officiel, de tous les traités de droit des gens, soit vulgarisé, maintenant que l'extrême civilisation nous a ramenés aux mêmes pratiques que l'ancienne barbarie, et que les armées sont devenues la nation tout entière en armes. Sur ce point encore, les membres de

[1] Protocole n° 11.
[2] Même séance du 13 août, protocole n° 11.

Digitized by Google

la conférence ont exprimé, par l'organe de leur président, un vœu bien justifié. Au moment de clore les travaux de la conférence, le baron Jomini déposait la proposition suivante :

« Pour assurer l'observation des lois et coutumes de la « guerre proposées par la conférence, les gouvernements, « s'ils acceptent ces principes et en font l'objet d'une décla- « ration, prennent les mesures nécessaires afin que ces règles « fassent partie de l'instruction militaire dans leurs armées « respectives. »

L'auteur de la proposition ne pouvait évidemment partir que de la supposition d'une promulgation officielle de ces règles; mais la science peut et doit, ce nous semble, reprendre cette proposition et ne pas laisser enfouir dans les archives des chancelleries, les lumières que les conférences de Bruxelles ont répandues sur un sujet dont nul n'oserait dire qu'il ne deviendra pas d'un intérêt actuel dans un temps plus ou moins éloigné.

On se ferait une idée erronée des travaux de la conférence si l'on se bornait au texte du projet de déclaration. Ce texte contient, sans aucun doute, sous la meilleure rédaction possible, l'énoncé des points sur lesquels un accord s'est établi, mais il est loin de reproduire et de résoudre toutes les questions soulevées. D'autre part, il ne saurait tenir lieu, dans son laconisme, des difficultés et interprétations posées et adoptées, non plus que des réserves que certaines solutions ont motivées. Nous ne parlerons pas ici des réserves diplomatiques par lesquelles chaque délégué a sauvegardé le droit d'appréciation et la liberté de son gouvernement, mais des réserves doctrinales et spéciales sur les principes discutés. Or il est évident qu'un principe adopté sans réserves a une toute autre autorité que celui contre lequel des opinants accrédités ont formulé des objections et des protestations. Il est donc indispensable de rapprocher les unes des autres les solutions éparses dans les protocoles en un ordre assez confus, et de coordonner cet ensemble de doctrines pour lui imprimer la clarté nécessaire[1].

[1] Le protocole est le commentaire vivant du texte et fait loi comme le texte lui-même. Baron Jomini, président, séance du 13 août, protocole n° 11.

Digitized by Google

En l'essayant, nous devons encore faire observer qu'il perdrait beaucoup de son autorité si on lui adjoignait des opinions, des vues personnelles ou empruntées aux divers auteurs du droit des gens. La conférence de Bruxelles n'a pas eu pour but de promulguer le droit des gens, mais de répandre sur certaines parties des notions exactes, et cet examen restreint tire toute son autorité doctrinale de la spécialité des travaux comme du caractère officiel et compétent de ceux qui y ont surfait. On trouvera donc bon que nous nous tenions au rôle de rapporteur dans cette analyse.

Principes généraux.

Le projet de convention internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, rédigé et présenté au nom du gouvernement russe et qui a servi de base aux travaux de la conférence, contenait 71 paragraphes distribués entre 4 sections et plusieurs chapitres. Il était précédé de 5 paragraphes sous la rubrique : *Principes généraux*[1]. Ces 5 paragraphes ont disparu sans discussion et ont été supprimés. Toutefois, il n'est pas sans intérêt de les reproduire comme document à consulter.

§ 1. *La guerre internationale est un état de lutte ouverte entre deux États indépendants et entre leurs forces armées et organisées*[2].

§ 2. *Les opérations de la guerre doivent être dirigées exclusivement contre les forces et les moyens de guerre de l'État ennemi, et non contre ses sujets, tant que ces derniers ne prennent pas eux-mêmes une part active à la guerre.*

§ 3. *Pour atteindre le but de la guerre, tous les moyens, toutes les mesures conformes aux lois et coutumes de la guerre et justifiées par les nécessités de la guerre, sont permis.*

Les lois et coutumes de la guerre n'interdisent pas seulement les cruautés inutiles et les actes de barbarie contre l'ennemi; elles exigent encore de la part des autorités compétentes le châtiment immédiat de ceux qui se sont rendus coupables de pareils actes s'ils n'ont pas été provoqués par une nécessité absolue.

[1] Séance plénière du 27 juillet 1874, protocole n° 1.

[2] Nous soulignons les passages qui, d'après l'ensemble des travaux de la conférence, auraient soulevé des controverses.

Digitized by Google

§ 4. *Les nécessités de la guerre ne peuvent justifier ni trahison à l'égard de l'ennemi, ni le fait de déclarer hors la loi, ni l'autorisation d'employer contre lui la violence et la cruauté.*

§ 5. *Dans le cas où l'ennemi n'observerait pas les lois et coutumes de la guerre, telles qu'elles sont définies par la présente convention, la partie adverse peut recourir à des représailles, mais seulement comme un mal terrible et sans jamais perdre de vue les devoirs de l'humanité.*

On verra d'ailleurs, dans le cours des travaux de la conférence, qu'aucun des principes d'humanité proclamés par ces cinq paragraphes n'a été méconnu. Ils conservent donc leur valeur comme reconnaissance de vérités du droit des gens.

Nous suivrons dans cet exposé l'ordre et la division du projet primitif, bien que des nécessités de discussion aient porté la conférence à s'en écarter, parce que cet ordre est logique et nécessaire à la clarté de l'exposition. Nous traiterons successivement : des droits des parties belligérantes l'une à l'égard de l'autre ; des droits des parties belligérantes par rapport aux personnes privées ; des relations entre belligérants ; des représailles [1] ; de l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi.

De l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi.

Cette partie que l'ordre logique plaçait en tête du projet présentait la plus sérieuse parmi les difficultés qu'avait à vaincre la conférence ; aussi ajournée dès le début, deux fois remaniée, elle n'a été adoptée qu'avec de sérieuses réserves et après de longs débats qui ont jeté une vive lumière sur les questions soulevées.

L'*occupation* du territoire ennemi est un *fait*, mais ce fait a des conséquences nécessaires et, dès lors, il importe de le définir, d'en préciser la nature pour qu'il puisse être reconnu et produire ses conséquences ; c'est dans ce sens que, d'un

[1] Le projet de déclaration adopté en séance plénière n'est pas divisé en sections, mais en chapitres et en articles au nombre de 56. Les divisions néanmoins, sauf les retranchements, correspondent assez exactement à celles du projet russe et primitif. Les chiffres indicatifs des articles que nous citons sont ceux du projet définitif.

Digitized by Google

accord à peu près unanime, on a reconnu que l'occupation doit être *réelle* et ne s'étend qu'aux territoires où l'autorité de l'occupant est *établie* et *appuyée* sur une *force* en mesure de la protéger. Tout d'abord, cette reconnaissance exclut l'occupation *morale*, la mainmise résultant d'une déclaration, et répond au principe déjà admis en 1856, relativement aux blocus. L'occupation est donc un *fait* et non un *droit*. Il n'y a pas d'occupation *civile*, et les pouvoirs de l'occupant ne se séparent pas de l'occupation qui en détermine l'origine et la durée.

Cela nous paraît résulter textuellement de l'article 1er du projet de déclaration et surtout des remaniements et de la discussion à la quelle il a donné lieu. L'article 1er est ainsi conçu :

« Art. 1er. Un territoire est considéré comme occupé lors-
« qu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée en-
« nemie.

« L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette auto-
« rité est établie et en mesure de s'exercer. »

La première rédaction russe ne définissait pas l'*occupation*[1], elle se bornait à en préciser les effets. La lacune fut immédiatement reconnue et le délégué russe proposa lui-même une seconde rédaction du chapitre Ier commençant par cette définition[2], et bientôt après une troisième[3]. Malheureusement, en définissant l'occupation, cette formule ne définissait pas en même temps le mot *belligérants* dont elle se servait, et les idées différentes que l'on se faisait sur le sens de ce mot ont influé sur la discussion et jeté quelque confusion dans les esprits : « La position de la population civile diffère
« selon qu'en cas d'insurrection, le territoire étant occupé,

[1] « L'*occupation* par l'ennemi d'une partie du territoire de l'État en guerre avec lui. »

[2] « *Un terrain de l'un des belligérants est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. — L'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et ne dure qu'aussi longtemps qu'elle est en mesure de l'exercer.* »

[3] « *Un territoire de l'un des belligérants est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. — L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et tant qu'elle est en mesure de s'exercer.* »

Digitized by Google

« on la considérerait comme justement ou non belligérante ; « donc on aurait dû commencer par statuer sur le sens du « mot *belligérant*. » Opinion du délégué de la Grèce [1].

A propos des caractères de l'occupation, tout en paraissant d'accord pour repousser toute occupation fictive ou morale, les uns se préoccupaient davantage de se rattacher au fait matériel, et telle est la portée du 2e paragraphe russe, qui, « compliquant la naissance, l'étendue et la durée de l'occu- « pation, limite sagement ce fait, quant au temps et quant « à l'espace; les autres, de donner plus d'attention aux « conséquences d'une première occupation et des devoirs « qu'elle imposait *hic et nunc* à la population civile. Ainsi le « délégué d'Allemagne aurait voulu, et a vivement soutenu, « la suppression du deuxième alinéa, 1° parce qu'il offre « une trop grande ressemblance avec le blocus qui n'est « effectif que quand il est exercé; 2° parce que si l'on admet « que l'occupation n'existe que là où le pouvoir militaire est « visible, vous provoquez l'insurrection, et si vous admettez « pour les habitants le droit de s'insurger, ce sont eux qui « en seront victimes. Si les mots dont il s'agit sont main- « tenus, aussitôt que l'autorité de l'occupant ne sera plus « visible, on aura des insurrections suivies de répressions « terribles et la guerre deviendra atroce. »

La discussion a nettement accentué cette opinion du délégué d'Allemagne, car une hypothèse ayant été posée par le délégué des Pays-Bas, il la résolut, comme opinion personnelle, il est vrai, dans le sens de la continuation des effets de l'occupation survivant au fait lui-même.

M. de Lansberge avait prévu le cas « où une armée vic- « torieuse, ayant éprouvé un revers, aurait *abandonné* une « ville qui se serait soulevée. Lui serait-il permis de punir « l'insurrection, si elle *occupait* plus tard, pour la seconde « fois, ladite ville? »

M. le délégué d'Allemagne répondit « que tout général ou « chef d'armée punirait l'insurrection qui éclaterait dans le « pays occupé. Il est vrai que c'est une question délicate sur « laquelle il ne peut se prononcer officiellement, mais il « exprime son sentiment personnel, et il ne croit pas

[1] Protocole n° 10, séance du 12 août.

Digitized by Google

« se tromper en disant que c'est celui de tous les mili-
« taires. »

Il n'est pas étonnant qu'en présence de dissentiments aussi profonds sur les conséquences d'un principe sur lequel on paraissait d'accord, et malgré les nuances de rédaction imaginées pour traduire cet accord, on ait senti la nécessité d'ajourner toute décision jusqu'à ce que, parvenue à la fin du chapitre, la conférence eût épuisé l'examen des questions soulevées [1]. Arrivés à la fin du chapitre, les membres de l'assemblée ont persisté dans leurs dissentiments, mais la manière dont la décision prise a clos le débat nous paraît, malgré une rédaction qui pourrait être plus claire, laisser intact le principe que l'occupation, pour être admise comme source de droit, en faveur de l'occupant, doit bien réunir les conditions que nous avons énumérées. Voici le texte de cette décision : « La commission décide que l'article 1er sera « maintenu en première lecture tel qu'il est formulé [2], et qu'il « sera dit au protocole que M. le colonel fédéral a fait des « réserves sur la suppression des mots *tant que*. Il sera con- « staté également que la durée a une grande importance, « au point de vue de l'occupation; que d'après les uns il est « entendu que la rédaction actuelle l'exprime suffisamment, « que d'après les autres cette rédaction ne l'implique pas. » A la séance plénière, il ne s'est pas produit d'observations nouvelles et la rédaction est restée au projet définitif telle qu'elle est sortie de cette longue élaboration, dans laquelle le principe adopté n'a pu trouver un énoncé satisfaisant pour tous.

La première conséquence de l'occupation d'un pays ennemi est la suspension du pouvoir légal et la substitution du pouvoir de l'occupant à celui-ci. Mais comme il a été reconnu à l'unanimité que l'occupation n'est pas par elle seule dévolutive de la souveraineté, l'occupant ne peut l'exercer que dans certaines limites et sous certaines réserves. D'abord et principalement, il est tenu de prendre toutes mesures nécessaires pour assurer l'*ordre* et *la vie publique*. L'ordre, c'est la sécurité ou la sûreté générale quant

[1] Protocole n° 10, séance du 12 août.
[2] Protocole n° 10 sur l'article 2, séance du 12 août.

Digitized by Google

à la vie publique; cette expression s'applique aux « fonctions « sociales, aux transactions ordinaires, qui constituent la « vie de tous les jours[1]. » (Art. 2.)

« Il doit maintenir les lois qui étaient en vigueur dans le « pays en temps de paix, et ne les modifier, les suspendre « ou les remplacer que s'il y a nécessité. » (Art. 3.) Le sens du mot *lois* a été précisé dans la discussion. « Il y a des lois « d'intérêt général, d'autres qui sont d'ordre privé et concer- « nant la famille, les successions, les propriétés privées, les « ventes, les achats. » M. le délégué belge a dit que, dans son opinion, l'article a en vue les lois de la première catégorie. Cette opinion a été appuyée par les délégués russe et allemand, et il semble qu'aucun doute ne saurait s'élever sur le sens de la rédaction adoptée.

Une grave question est celle des fonctionnaires que l'occupant trouve en exercice. Il a été reconnu sans difficulté : 1° que les fonctionnaires et les employés sont libres de consentir à la continuation de leurs fonctions; 2° qu'ils peuvent, même après le consentement donné, le retirer et reprendre leur liberté; 3° qu'ils seront protégés par l'occupant; 4° qu'ils ne seront révoqués ou punis disciplinairement que s'ils manquent aux obligations contractées par eux; 5° qu'en cas de trahison seulement ils peuvent être livrés à la justice (art. 4)[2].

Les armées d'occupation ont toujours prélevé des contributions sur le pays occupé, et l'histoire est pleine des abus auxquels ces pratiques ont donné lieu. Il faut reconnaître que dès le début et par sa première rédaction, la Russie avait placé la question sur son véritable terrain en limitant le pouvoir de l'occupant au droit de percevoir les impôts déjà établis par le gouvernement légal et que celui-ci aurait perçus lui-même[3]. Une seconde rédaction améliorait encore

[1] Protocole n° 10, séance du 12 sur l'article 2. Interprétation de M. le délégué belge admise par la conférence par suite de laquelle l'adjectif *public* se référant primitivement au mot *vie* a été appliqué à l'*ordre* et à la *vie* et employé au pluriel masculin.

[2] Protocole n° 10. Il n'est pas inutile de rapprocher la rédaction du premier projet russe de l'article 4 définitivement adopté. Ce projet niait la liberté du fonctionnaire, laquelle a été formellemeut reconnue sur la proposition du délégué de Suède dans la séance du 13 août, protocole n° 11.

[3] Protocole plénière n° 1.

Digitized by Google

la solution en indiquant que les impôts ainsi perçus doivent être employés aux frais de l'administration locale [1]. Dans une troisième rédaction, on introduisit la faculté de percevoir, au lieu de l'impôt légal, un *équivalent* dont nous nous occuperons plus tard, et l'obligation d'employer ces produits à l'administration locale est singulièrement affaiblie par l'incise « autant que possible [2] ». Dans la discussion, un système bien différent fut proposé par le délégué d'Allemagne [3]. « D'abord, a-t-il dit, il y a lieu de distinguer entre l'occu- « pation temporaire et celle qui est de longue durée. Ce qui « s'applique à l'une n'est pas applicable à l'autre. Ensuite « le territoire occupé ne peut pas prétendre être mieux « traité que le pays dont l'armée l'occupe ou que celui dont « il est séparé par l'occupation. Dès lors, l'un et l'autre de « ces pays prélèvent les impôts, redevances, droits et péages, « en suspendent le recouvrement ou en imposent d'autres et « contractent des impôts forcés à mesure que la conduite « de la guerre l'exige. M. le délégué d'Allemagne croit « qu'il est indispensable que tout cela soit exprimé dans « l'article 5. Il propose, en conséquence, la rédaction « suivante :

« Les impôts, redevances, droits et péages établis par le « gouvernement légal seront prélevés par l'armée d'occupa- « tion. Pour le cas où il ne serait pas possible de les encais- « ser, celle-ci en prélèvera l'équivalent. Elle pourra de même « suspendre le recouvrement des uns et en imposer d'autres. « Il est de son devoir de les employer aux frais de l'adminis- « tration dans la mesure où le gouvernement légal y était « obligé. »

Cette rédaction et son préambule changeaient le système primitif, aussi le protocole relate les répugnances qui l'accueillirent, et les biais diplomatiques à l'aide desquels chacun chercha à la repousser, ainsi que la proposition d'ajournement faite par le président. Il relate aussi l'insistance du délégué d'Allemagne qui « s'étant conformé à ses instructions et son « opinion devant figurer au protocole, ne voit aucun incon-

[1] Annexe n° VIII, protocole n° 3.
[2] Annexe n° XIV, protocole n° 9.
[3] Protocole n° 10, séance du 12 août.

Digitized by Google

« vénient à aborder une autre matière; mais il doit déclarer « que l'adoption du principe qu'il a cherché à faire préva- « loir est jugée nécessaire par l'Allemagne. » Constatons l'importance du dissentiment, importance d'autant plus grande que la rédaction adoptée en commission, puis en séance plénière, est opposée au système allemand; il est bon de la rapprocher de celui-ci :

« L'armée d'occupation ne prélèvera que les impôts, rede- « vances, droits et péages déjà établis par le gouvernement « légal du pays ou leur équivalent s'il est impossible de les « encaisser, et autant que possible dans les formes et sui- « vant les usages existants. Elle les emploiera à pourvoir aux « frais d'administration, dans la mesure où le gouvernement « légal du pays y était obligé. » (Art. 5) [1].

Ce texte est fort clair, surtout par son opposition aux autres rédactions, mais il demande quelques explications complémentaires. Quelles sont les fractions d'impôts que l'occupant peut percevoir? La question a été pesée et résolue par la conférence : ce sont seulement les *impôts échus*, et le texte le fait suffisamment connaître « par la condition en « vertu de laquelle le recouvrement doit se faire dans les « formes et d'après les usages existants [2] ».

Quid des payements anticipés, l'occupant est-il tenu de les considérer comme valables? La réponse à cette question a été faite également et acceptée par la conférence, par le délégué de France, M. le baron Baude : « Puisqu'on refuse à « l'occupant le droit d'exiger les impôts à l'avance, on ne « peut l'obliger à considérer comme régulièrement opérés « les versements faits par anticipation au gouvernement « légal; du moment qu'on impose une limite au droit de « l'occupant, si l'on veut qu'il la respecte, il faut qu'elle « soit respectée à son égard [3]. » Serait pareillement nul pour l'occupant et ne déchargerait pas les habitants, le versement fait par anticipation par le receveur du montant intégral des rôles à l'insu des habitants [4].

[1] Protocole n° 10, annexes n°s XVII et XVIII.
[2] Protocole n° 10 *in fine*.
[3] Protocole n° 11, séance du 13 août.
[4] Même séance, question du délégué belge.

Digitized by Google

Quel est le sens et la portée de la faculté reconnue à l'occupant de percevoir l'*équivalent* des impôts?

Le sens est fixé par l'article même, puisque la faculté de percevoir l'équivalent est subordonnée à l'impossibilité pour l'occupant d'exercer son droit de perception.

Quant à la portée du mot *équivalent* ou mode d'exécution, il a été dit « que dans le cas où l'on n'arriverait pas à la ma-« tière imposable, on grèverait alors la commune, qui exer-« cera son droit de recours comme elle le jugera convenable « ou possible [1] ». Mais cette solution est loin de faire disparaître l'arbitraire possible pour toutes les natures d'impôts qui ne se perçoivent pas sur des rôles arrêtés à l'avance, et dont le montant comme l'échéance sont connus à l'avance. Quel sera l'équivalent de contributions indirectes et de tous les impôts de consommation qui n'arrivent à l'échéance que par le fait du contribuable, et comment la commune exercera-t-elle son recours contre les habitants qui n'auraient fait aucun acte motivant une perception? Cette doctrine de l'équivalent tend à transformer tous les impôts indirects en une contribution directe, dont l'occupant liquidera arbitrairement la quotité comme répondant à la durée de son occupation.

L'armée d'occupation peut saisir : 1° le numéraire; 2° les fonds et valeurs exigibles appartenant en propre à l'État; 3° les dépôts d'armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements; 4° et en général toute propriété mobilière de l'État, de nature à servir aux opérations de la guerre (art. 6) [2].

Chacune de ces catégories de valeurs soumises au droit de la guerre a motivé des explications importantes. La commission a d'abord formellement admis ce fait inséré au protocole. L'opinion de M. le délégué d'Allemagne distinguait ce qui est propriété de l'État et peut être saisi, de ce qui, bien qu'en la possession de l'État, doit être respecté : « On peut entendre par capitaux du gouvernement « les sommes disponibles et les valeurs exigibles, appar-« tenant en propre et exclusivement à l'État, tels que le

[1] Protocole n° 10, séance du 12 août.
[2] Protocole n° 12, séance du 13 août.

Digitized by Google

« numéraire, les lingots d'or et d'argent, les fonds quel-
« conques, etc. Tout ce qui se trouve dans les caisses de
« l'Etat, mais appartient à des personnes privées ou à des
« corporations, doit demeurer intact. En d'autres termes,
« tout ce qui est prouvé être à l'État peut être saisi; tout ce
« qui est démontré être propriété privée, même se trouvant
« entre les mains de l'État, doit être respecté et protégé [1]. »

Et sur l'insistance du délégué suisse, relative à certaines institutions dans lesquelles l'État apparaît nominalement comme propriétaire, tandis qu'il ne fait qu'administrer les affaires de ses ressortissants, la commission a été d'avis que de tels capitaux ne font point partie des choses que l'occupant peut saisir [2].

M. le délégué français, parlant en son nom personnel et sauf instructions de son gouvernement, a proposé de dire: « Toutes les valeurs portant intérêt qui seraient saisies de-
« vront être restituées, la jouissance des intérêts cessant avec
« l'occupation », et la commission s'est prononcée dans cet avis rapproché du texte, qui n'attribue à l'occupant que les valeurs exigibles, exclut donc les rentes, actions et autres valeurs quant à la propriété, et n'attribue à l'occupant que les intérêts sans aliénation de la propriété [3].

Toutefois, une grave exception a été admise en ce qui concerne certaines natures de propriété qui, bien que d'un caractère privé, ont paru toucher de trop près aux choses de la guerre pour être respectées. « Le matériel des chemins
« de fer, les télégraphes de terre, les bateaux à vapeur et
« autres navires en dehors des cas régis par la loi maritime,

[1] M. le délégué suisse citait comme exemples les caisses d'épargne, les assurances obligatoires contre l'incendie des immeubles, etc., gérées par l'État. M. Martens est revenu sur ce point dans la séance plénière du 26 août en signalant des capitaux qui, bien qu'appartenant à l'État, ont cependant une destination entièrement humanitaire et pacifique et pour cette raison ne doivent pas être saisis : caisses d'invalides, caisses de pension des fonctionnaires. La commission a admis que l'attention des gouvernements serait appelée sur le but des institutions signalées.

[2] Protocole n° 4, séances plénières du 26 août.

[3] Une question a été posée par le délégué d'Italie. *Quid* de créances de l'État sur un particulier? Le payement forcé qu'exigerait l'occupant pourrait ne pas libérer le débiteur? On s'est contenté de répondre qu'à la paix on réglerait les indemnités (protocole n° 4 des séances plénières du 26 août).

Digitized by Google

« de même que les dépôts d'armes, et en général toute « espèce de munitions de guerre, quoique appartenant à des « sociétés ou à des personnes privées, sont également des « moyens de nature à servir aux opérations de la guerre, et « qui peuvent ne pas être laissés par l'armée d'occupation à « la disposition de l'ennemi. Le matériel des chemins de « fer, les télégraphes de terre, de même que les bateaux à « vapeur et autres navires susmentionnés, seront restitués « et les indemnités réglées à la paix. » (Art. 6, § 2.) L'application de cette exception à l'inviolabilité de la propriété privée est de nature à soulever de nombreuses difficultés, dont quelques-unes ont été prévues et résolues par la commission ou signalées à l'attention des gouvernements.

Le colonel, délégué de Suisse, demandait qu'on exceptât des navires passibles de la saisie « les barques et nacelles, « spéciales à son pays, qui sont les seuls moyens de commu- « nication entre plusieurs localités placées sur les bords de « certains lacs. Si l'on exécutait à leur égard les clauses de la « convention, on méconnaîtrait, par le fait même, les garan- « ties proclamées en l'article 1er où il est dit que la vie pu- « blique doit être assurée ». Après une discussion on est convenu d'insérer au protocole la déclaration suivante: « Dans le cas où les bateaux serviraient d'unique communi- « cation, nécessaire et indispensable, il est dans la pensée « de la commission que l'occupant aura égard aux exi- « gences de la vie publique. »

Le délégué français a demandé si les chemins de fer appartenant à l'*État* occupé seraient, comme le chemin, propriété privée, objet d'une indemnité. Le délégué d'Autriche a fait observer que certains chemins sont devenus une propriété internationale, leurs actions et obligations étant dans toutes les mains; mais il lui a été répondu que la conférence doit se borner à signaler cette espèce à l'attention des gouvernements, vu qu'elle excède sa compétence.

Il semble que le délégué d'Allemagne a résumé le sens de l'article et de la discussion dans la réflexion suivante : « Tout « ne *doit* pas être nécessairement saisi, mais tout *peut* l'être » et, dans la profession qu'il a faite, de « déclarer qu'on s'en- « tendra sur une indemnité lors de la conclusion de la « paix ».

Digitized by Google

Dans la séance plénière consacrée à la lecture définitive des articles, M. de Vedel a annoncé que son gouvernement l'a autorisé à présenter un amendement qui serait tardif, mais dont il a demandé que la mention fût insérée au protocole. Il s'agit des câbles d'atterrissage, des câbles électriques sous-« marins. « Ce que le cabinet danois propose, c'est d'ajouter « après : Télégraphe de terre,... y compris les câbles d'atter-« rissage. Comme on le voit, il s'abstient de parler des « câbles sous marins eux-mêmes, question qui a été soule-« vée par un autre gouvernement et qui présente de très-« grandes difficultés. La motion ne se rapporte qu'aux câ-« bles d'atterrissage (c'est-à-dire aux câbles qui relient les « câbles sous-marins aux fils télégraphiques de terre) et ces « câbles paraissent pouvoir être admis sans aucun inconvé-« nient à jouir de la même protection restreinte que les « télégraphes de terre proprement dits. »

Le régime de la propriété immobilière a présenté moins de dissidences que celui de la propriété mobilière. En effet, on est tombé d'accord que l'occupation laisse intact le droit de propriété de l'État envahi et, dès lors, l'article 7 a traduit ce principe en termes clairs : « L'État occupant ne se consi-« dérera que comme administrateur et usufruitier des édi-« fices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles « appartenant à l'État ennemi et se trouvant dans le pays « occupé. Il devra sauvegarder le fonds de ces propriétés et « les administrer suivant les règles de l'usufruit [1]. » L'article 8, relatif aux biens des personnes morales, a également provoqué plus d'explications que de contradictions. Il est entendu que cet article s'occupe de la propriété même, et non de l'occupation temporaire, qui pourrait être nécessitée par les besoins de la guerre, et, sauf cette restriction, il a été rédigé dans le sens le plus large. « Le bien des églises, « des communes, ceux des établissements de charité et « d'instruction, de toutes les institutions consacrées à des « buts scientifiques, artistiques et de bienfaisance, même « appartenant à l'État, seront traités comme la propriété « privée [2]. »

[1] Protocole n° 11, séance du 14 août.
[2] Protocole n° 12, séance du 14 août.

Digitized by Google

Qui doit être reconnu comme partie belligérante, des combattants et des non-combattants.

Les difficultés que la conférence a rencontrées pour définir l'occupation et ses conséquences, tenaient en grande partie, ainsi que nous l'avons indiqué, à une difficulté première et qui se posait entière au début de ce deuxième chapitre, la définition des belligérants.

En parcourant les protocoles, il est facile de voir que, malgré les assurances réciproques de ne pas vouloir porter atteinte au droit légitime qui appartient à chaque État de se défendre contre un agresseur, les délégués étaient mus par deux systèmes opposés. Les uns, représentants de grands États qui disposent de ressources puissantes pour l'attaque et la défense, étaient enclins à circonscrire la guerre dans une lutte entre les armées organisées et à en exclure la population non enrégimentée. Dans ce système, la guerre peut être en quelque sorte ramenée à un duel réglementé.

Les autres, représentants de nations relativement faibles, ne pouvaient se résigner à répudier à l'avance le secours que ces États peuvent tirer du peuple entier se levant pour défendre la patrie, ni à entraver ce mouvement par des réglementations minutieuses. De là les réserves, les observations dont sont remplis les protocoles, mais aussi la reconnaissance de certains principes que, jusqu'a ce jour, on a trop souvent méconnus dans la guerre.

Le projet russe, sur lequel se sont ouvertes les délibérations, reconnaissait le caractère de belligérants aux milices et aux corps de volontaires [1], mais sous quatre conditions, et déclaraient punissables les bandes qui ne rempliraient point ces conditions.

Les observations des petits États et l'adhésion des grands s'exprimant par l'organe des délégués allemand et russe, ont d'abord fait ressortir le droit des citoyens de se lever en masse pour la patrie. « En terminant, M. le délégué d'Alle-« magne dit que la levée en masse est une chose légitime, « parfois nécessaire, et qu'il ne peut venir à la pensée de « personne de l'empêcher ou de l'entraver [2]. »

[1] Protocole n° 1, séance plénière du 27 juillet.
[2] Protocole n° 12, séance du 14 août.

Digitized by Google

Mais il a ici reconnu pareillement que, pour jouir des droits de belligérants, les citoyens armés doivent présenter des caractères certains et agir d'une façon régulière.

C'est sous l'empire de ces deux principes qu'a été adoptée, après de longs débats, la rédaction du projet de déclaration, en modifiant le premier projet russe sur plusieurs points importants qu'il est bon de signaler.

« Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appli-« quent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices « et aux corps de volontaires réunissant les conditions sui-« vantes : 1° d'avoir à leur tête une personne responsable « pour ses subordonnés. » Le projet primitif exigeait de plus que ce corps fût soumis au commandement général. Il a été reconnu que cette condition était impossible à remplir dans la plupart des cas, et qu'il suffisait que le chef fût certain, connu et capable d'observer les lois de la guerre[1].

[1] Protocole n° 12, séance du 14 août. Il importe de lire au protocole les observations du délégué allemand.

L'observation de M. de Voigts-Rhetz est d'autant plus importante que le délégué de Russie et le délégué suisse y ont adhéré aussi bien que le délégué français. Nous ne pouvons nous empêcher de faire, à l'occasion de l'adhésion de ce dernier, une remarque qui nous paraît sérieuse. M. le délégué allemand a très-bien dit que les prévisions de cet article s'appliquent non-seulement à la population astreinte au service obligatoire, mais encore à toute la population qui, libre de toute obligation, se lèverait pour la défense du pays. « Le pays dont il est le mandataire renferme deux à trois millions de vieux « soldats, dispersés dans les villes et les campagnes, qui se lèveront quand « il s'agira de faire la levée en masse. » M. le général Arnaudeau, en adhérant aux observations de M. de Voigts-Rhetz, a au contraire dit : « Les « prescriptions de ce paragraphe peuvent être d'autant mieux acceptées « qu'en France, en vertu du service obligatoire, toute la partie valide de la « population sera régulièrement appelée sous les armes et que les corps or-« ganisés et équipés feront, par conséquent, partie de l'armée. » La loi d'organisation militaire du 27 juillet 1872 n'astreint au service militaire que les hommes de vingt à quarante ans. M. le général Arnaudeau a-t-il pensé, nous ne pouvons le croire, qu'en cas d'invasion et de levée en masse il ne se lèverait pas un nombre considérable d'hommes valides entre quarante et soixante ans pour défendre leur pays? M. le délégué allemand compte bien sur cette catégorie qui lui fournira *trois millions* de soldats, et c'est à eux qu'il fait allusion. Ces hommes ne feront point partie de l'*armée organisée* en vertu du service obligatoire et nous pensons, conformément au texte de l'article, à l'explication de M. de Voigts-Rhetzj et nonobstant l'omission ou l'incorrection des paroles du délégué français, qu'ils profiteront du bénéfice de cet article à la charge d'en remplir les conditions.

Digitized by Google

2° « D'avoir un signe distinctif et reconnaissable à dis-« tance. » Le sens de cette condition a été précisé par le délégué d'Allemagne avec une grande clarté. « Il faudra que ces hommes portent un signe certain qui les distingue des brigands et des pillards. Ce signe sera facile à trouver, ce sera une croix, un brassard, une marque quelconque, donnant à celui qui la porte le caractère de patriote et de belligérant[1]. »

3° « De se conformer, dans leurs opérations, aux lois et « coutumes de la guerre.

« Dans les pays où les milices constituent l'armée ou en font « partie, elles sont comprises sous la dénomination d'*armée.* »

A côté de la participation des citoyens à la guerre sous une forme plus ou moins régulière, se place la question du soulèvement soudain et spontané d'une population locale contre l'ennemi. Ce soulèvement peut se produire dans trois circonstances différentes : 1° au moment où l'ennemi s'approche et pour repousser l'invasion; 2° pendant la durée de l'occupation; 3° alors que l'ennemi s'étant retiré ou ayant été repoussé, l'occupation de fait a cessé.

La première hypothèse a été résolue à la suite de longues observations par l'introduction d'un article spécial qui, rapproché des précédents comme exception aux conditions exigées des belligérants, nous paraît suffisamment clair.

« La population d'un territoire non occupé qui, à l'ap-« proche de l'ennemi, prend les armes pour combattre les « troupes d'invasion sans avoir eu le temps de s'organiser « conformément à l'article 9, sera considérée comme bel-« ligérante si elle respecte les lois et les coutumes de la « guerre. »

Mais il est utile de suivre la filiation d'idées par laquelle cet article a passé pour être introduit et placé au rang qu'il occupe dans le projet de convention proposé par la conférence.

La section II du projet primitif russe contenait, sous le titre : *Du droit des parties belligérantes par rapport aux per-*

[1] M. le général de Voigts-Retz a ajouté, à la séance du 17 août, « qu'il serait utile de dire que le signe distinctif doit être attaché extérieurement à l'habit afin qu'on ne puisse pas le mettre ou l'enlever suivant les circonstances », et il a été décidé qu'il serait tenu note de cette remarque (protocole n° 13).

Digitized by Google

sonnes privées, différentes dispositions sous les nos 45, 46, 47, et ainsi conçues :

Art. 45. *La population d'une localité qui n'est pas encore occupée par l'ennemi et qui prend les armes pour la défense de la patrie doit être envisagée comme partie belligérante, et si elle est faite prisonnière, elle doit être considérée comme prisonnière de guerre.*

Art. 46. *Les individus faisant partie d'un pays dans lequel le pouvoir de l'ennemi est déjà établi, et qui se soulèvent contre lui les armes à la main, peuvent être déférés à la justice, et ne sont pas considérés comme prisonniers de guerre.*

A la séance du 7 août, la Russie, modifiant son premier projet [1], proposa de maintenir la rédaction de l'article 45, mais elle ajoutait. « Observation : le § 45 pourrait être con-
« sidérée comme suffisant. Il en ressort logiquement que la
« population d'une localité occupée, n'étant pas dans les
« mêmes conditions, ne jouit pas du même privilége de bel-
« ligérant. Toutefois, pour les garantir contre la conséquence
« de ce vague, on pourrait ajouter :

« § 46. Les individus faisant partie de la population d'un
« pays dans lequel le pouvoir de l'ennemi est établi, et qui
« se soulèvent contre lui les armes à la main, peuvent être
« déférés à la justice. »

Ou bien :

« § 46. La population d'un territoire occupé par l'ennemi qui se soulève, les armes à la main, peut être considérée comme belligérante si elle satisfait aux conditions suivantes :

« 1° Si elle prend les armes pour la défense de la patrie sur l'ordre de son gouvernement ;

« 2° Si elle se conforme aux lois et coutumes de la guerre et aux conditions des §§ 9 et 10 ;

« 3° Si elle a une organisation suffisante pour la distinguer
« de la population paisible. »

Nous avons vu, à propos de l'occupation, qu'une vive discussion s'est engagée sur le sens du mot *belligérant* et précisément sur le fait prévu par l'article 46, d'une population se soulevant pendant et contre l'occupation, et que le sens général de cette discussion a été de refuser en ce cas à la

[1] Protocole n° 7, annexe n° XII.

Digitized by Google

population soulevée le caractère de belligérant. Lors de l'examen de deux articles que nous venons de transcrire, cette grave question fut encore débattue sans qu'on pût s'entendre : « Deux principes diamétralement opposés sont en présence, « a dit le délégué suisse : d'une part les maximes, les intérêts des grandes armées en pays ennemi qui demandent « impérieusement de la sécurité pour leurs communications « et pour leur rayon d'occupation ; d'autre part, les principes « de la guerre et les intérêts des peuples qui sont envahis par « l'ennemi et qui ne peuvent admettre que des populations « soient livrées à la justice pour avoir pris les armes contre « lui. »

En conséquence, il proposait de scinder le débat : de laisser dans l'état actuel de pratiques de la guerre le cas d'insurrection en pays occupé, et de régler, au contraire, le cas de la levée en masse contre l'invasion d'un territoire non occupé. C'est en réalité cette proposition qui a prévalu, puisqu'en présence des opinions divergentes, la rédaction proposée en forme de discussion par le président Jomini a été adoptée [1] provisoirement, puis avec une légère modification maintenue en seconde lecture et en séance plénière avec la rédaction que nous avons transcrite, puis intercalée à la suite du n° 9, après la suppression des articles 46 et 47.

Il ressort de tout ce qui précède que l'article 10 est limitatif, qu'il admet bien le caractère de belligérants aux habitants qui se lèvent pour prévenir l'invasion, sous la condition unique qu'il détermine, mais que l'insurrection en pays occupé reste soumise aux usages actuels de la guerre. Quant à la seconde hypothèse, l'insurrection durant et contre l'occupation effectuée, la troisième concernant l'insurrection survenue à la suite d'une retraite momentanée de l'armée d'occupation, et enfin le cas spécial d'une collision individuelle, il n'a rien pu être conclu, et le résultat négatif des travaux de la conférence a été, sur ce point, nettement résumé par le délégué belge [2] : « M. le baron de Laubermont « croit nécessaire de constater l'état dans lequel deux questions sont restées : la première se rapporte à l'article 9.

[1] Protocole n° 14, séance du 18 août ; protocole n° 19, séance du 24 août.
[2] Protocole n° 19, séance du 24 août.

Digitized by Google

« Celui-ci ne traitant que des armées, des milices, du corps « de volontaires, en un mot d'êtres collectifs, M. le délégué « de Belgique avait demandé quel serait le sort d'un citoyen « qui, agissant isolément et dans la partie non occupée du « pays, ferait des actes de guerre destinés, par exemple, à « entraver la marche de l'ennemi. Il lui a été répondu que « le projet ne prévoyait pas de tels cas spéciaux. En consé- « quence, il a été entendu que la question de savoir si l'in- « dividu, agissant dans les conditions ci-dessus déterminées, « doit ou non être considéré comme belligérant n'est pas « tranchée par le projet et reste dès lors dans le domaine du « droit des gens non écrit.

« La seconde question concerne les soulèvements dans la « partie occupée du pays. La première rédaction russe refu- « sait la qualité de belligérant aux populations se soulevant « dans le territoire occupé ; la seconde, au contraire, la leur « accordait moyennant certaines conditions. Enfin, le projet « d'article, préparé par M. le délégué d'Allemagne, ne « reconnaissait pas le titre de belligérants aux habitants « prenant les armes dans le cas dont il s'agit. Ces formules, « après un débat entre divers délégués, ont successivement « disparu et il est demeuré entendu que la question de savoir « si et à quelles conditions une population, prenant les ar- « mes pour combattre l'armée ennemie dans le territoire « occupé, peut revendiquer les droits reconnus aux belligé- « rants n'a pas été résolue par le projet et, comme la précé- « dente, reste soumise aux règles du droit des gens non « écrit.

« Les forces armées des parties belligérantes peuvent se « composer de combattants et de non-combattants. En cas de « capture par l'ennemi, les uns et les autres jouiront des « droits de prisonniers de guerre[1]. » (Art. 11.)

Des explications ont précédé l'adoption de cette rédaction ; il en résulte[2] : 1° que sans en faire l'objet d'une stipulation expresse, on a admis que le port de l'uniforme était une mesure régulière et à désirer pour les non-combattants, et

[1] Voir au protocole 19 les adhésions à ces observations et les réserves des délégués : suisse, hollandais, espagnol, turc.

[2] Protocole n° 19, séance du 27 août.

Digitized by Google

qu'en tout état de cause, ils doivent être en mesure de justifier de leur identité; 2° qu'ils ne peuvent être engagés que dans un combat isolé, par suite d'une erreur, et qu'ils ont le droit de se défendre.

Des moyens de nuire à l'ennemi.

Les divergences d'opinion suscitées par la définition des belligérants et par le droit d'ingérance de la population civile dans les faits de la guerre, ne se sont pas manifestées avec la même intensité en ce qui concerne les moyens permis ou interdits par le droit de la guerre, et les hésitations se sont produites plutôt sur les nuances de rédaction que sur les principes.

La première source de toutes les règles est « que les lois « de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants un pou- « voir illimité quant au choix des moyens de nuire à l'en- « nemi[1] ». (Art. 12.)

Et comme conséquence de ce principe sont interdits :

« A. L'emploi du poison ou d'armes empoisonnées;

« B. Le meurtre par trahison d'individus appartenant à la « nation ou à l'armée ennemie ;

« C. Le meurtre d'un ennemi qui, ayant mis bas les armes « ou n'ayant plus le moyen de se défendre, s'est rendu à dis- « crétion;

« D. La déclaration qu'il ne sera pas fait de quartier;

« E. L'emploi d'armes, de projectiles et de matières pro- « pres à causer des maux superflus, ainsi que l'usage des « projectiles prohibés par la déclaration de Saint-Péters- « bourg de 1868;

« F. L'abus du pavillon parlementaire, du pavillon national « ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, « ainsi que du signe distinctif de la convention de Genève;

« G. Toute destruction ou saisie de propriétés ennemies « qui ne serait pas impérieusement commandée par la né- « cessité de la guerre[2]. »

Pour ne pas affaiblir la portée de ces déclarations, nous les

[1] Protocole n° 1, séance du 30 juillet.

[2] Protocoles n°s 1 et 2, séances des 30 et 31 juillet.

Digitized by Google

avons reproduites sans faire mention des observations qu'elles ont suggérées ; cependant quelques remarques sont à faire.

Le projet primitif contenait un littéral D, ainsi conçu : *La menace d'extermination envers une garnison qui défend obstinément une forteresse.* Ce littéral a été supprimé, non pour déclarer licite ce moyen dont l'emploi a si longtemps souillé les guerres, mais parce qu'il est nécessairement compris dans la rédaction qui défend de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier et qui interdit le meurtre de l'ennemi qui se rend à discrétion.

A l'égard de ce dernier mot, il a été entendu et exprimé que l'ennemi ne jouit du privilége de la vie, s'il se rend à discrétion, qu'autant qu'il ne reprend pas les armes ou ne cherche pas à nuire à celui qui, pouvant le tuer, s'est arrêté devant cette demande de la vie, qu'autrement il cesse d'être protégé par le principe énoncé [1].

La Suède avait demandé s'il ne serait pas opportun de comprendre la balle de *plomb mou* parmi les projectiles occasionnant des maux inutiles; mais, sur l'observation de l'Allemagne quant à l'incertitude des expériences faites sur ce projectile et sur la nécessité d'attendre des études ultérieures, la motion a été ajournée [2].

Le projet primitif contenait un article 13 qui, traitant des moyens licites de nuire à l'ennemi, spécifiait cinq cas particuliers de moyens permis. Après discussion, il fut d'abord reconnu qu'il était dangereux de s'arrêter à une telle énumération et qu'il fallait autant que possible se borner à énoncer ce qui est défendu. Cependant quelques dispositions furent adoptées sauf une seconde lecture, et le lendemain le président ayant soumis à la commission une rédaction transactionnelle qu'elle a adoptée, les dispositions de l'article primitif furent en partie fondues dans l'article précédent et supprimées en partie. L'article 13 se trouva ainsi réduit en une seule disposition : « Les ruses de guerre et l'emploi des « moyens nécessaires pour se procurer des renseignements « sur l'ennemi et sur le terrain (sauf les dispositions de l'ar- « ticle 36) sont considérés comme licites. »

[1] Séances plénières, protocole n° 4, 26 août.
[2] Protocole n° 2, séance du 31 juillet.

Digitized by Google

Des siéges et des bombardements.

« Les places fortes peuvent seules être assiégées. Des villes, « agglomérations d'habitants ou villages ouverts qui ne sont « pas défendus ne peuvent être ni attaqués ni bombardés[1]. » (Art. 15.)

Cette disposition, qui place en dehors des rigueurs des siéges et des bombardements les villes ouvertes non défendues, oblige à bien préciser ce qu'on doit entendre par ces mots *ville ouverte, ville défendue :* une ville ouverte est manifestement la localité qui n'est entourée ni de murailles, ni de fossés ; une ville forte est, au contraire, caractérisée par les ouvrages plus au moins importants qui la protégent.

Dans le système moderne de défense, les villes proprement dites sont ouvertes, mais placées sous la protection des forts et ouvrages détachés indépendants de l'agglomération. Ces villes seront-elles rangées parmi les villes fortes et en partageront-elles les périls ? Le délégué des Pays-Bas a, sur l'ordre de son gouvernement, provoqué une explication qui a été fournie par le président et insérée au protocole[2] : « Toute « ville ouverte, qui se trouve à proximité d'une forteresse et « concourt à sa défense tombe sous l'application de la pre- « mière partie du § 4[3]. Que si elle ne concourt pas à la dé- « fense, elle est protégée par le principe de la seconde par- « tie du même paragraphe. »

N'est-il pas à craindre toutefois que cette distinction théorique ne rencontre des difficultés d'application et que l'assaillant ne considère la ville entourée de forts détachés comme concourant virtuellement à la défense en raison des facilités qu'elle offre aux défenseurs de ces forts ?

Les bombardements, l'œuvre de destruction doivent aussi subir des restrictions et, sur ce point, il n'y a guère eu de dissentiment. « Mais si une ville ou une place de guerre, ag- « glomération d'habitations ou village est défendu, le com- « mandant des troupes assaillantes, avant d'entreprendre le « bombardement, et sauf l'attaque de vive force, devra faire

[1] Protocole n° 2, séance du 31 juillet.
[2] Protocole n° 2, séance du 31 juillet.
[3] Devenu l'article 15 ci-dessus transcrit.

Digitized by Google

« tout ce qui dépend de lui pour en avertir les autorités. » (Art. 16.)

« En pareil cas, toutes les mesures nécessaires doivent être « prises pour épargner, autant qu'il est possible, les édifices « consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bien- « faisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de « malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas em- « ployés en même temps à un but militaire.

« Le devoir des assiégés est de désigner ces édifices par « des signes spéciaux à indiquer d'avance à l'assiégeant. » (Art. 17 [1].)

Les habitants d'Anvers ont exprimé le vœu par une pétition qu'on admette en principe qu'on ne puisse bombarder des quartiers de ville même fortifiée. Le délégué d'Allemagne a demandé, au contraire, qu'il fût inscrit au protocole que le bombardement étant un des moyens les plus efficaces pour atteindre le but de la guerre, il est impossible de satisfaire à ce désir. Toutefois, sur la proposition et sous la rédaction du président, une réponse a été faite à cette pétition et il paraît bon d'en retenir les termes, puisqu'elle a été adoptée par la commission.

« M. le délégué de S. M. le roi des Belges a donné com- « munication à la commission d'une pétition adressée au « gouvernement du roi par les habitants de la ville d'An- « vers.

« Cette pétition a pour objet d'exprimer le vœu que la « conférence réunie à Bruxelles, étant constituée dans un but « d'humanité, veuille bien adopter comme un principe à « appliquer désormais en cas de guerre, que lorsqu'une « ville fortifiée sera soumise au bombardement, le feu de « l'artillerie ne soit dirigé que contre les forts et non les ha- « bitations privées appartenant à des habitants inoffensifs.

« La commission a pris acte de cette communication. « Elle s'est trouvée d'accord pour constater que, dans l'ex- « posé des principes généraux qui forme le préambule du « projet soumis à sa délibération, il est dit :

« *Les opérations de guerre doivent être dirigées exclusivement « contre les forces et les moyens de guerre de l'État ennemi et*

[1] Protocole n° 2, séance du 31 juillet.

Digitized by Google

« *non contre ses sujets, tant que ces derniers ne prennent pas* « *eux-mêmes une part active à la guerre.* »

« En outre le § 51[1] dudit projet dit expressément : « *Les* « *troupes doivent respecter la propriété privée dans les pays* « *occupés, et ne point la détruire sans nécessité urgente.* »

« Ces principes attestent que la conférence est déjà saisie « du vœu humanitaire exprimé par la pétition des citoyens « d'Anvers, et que *ses délibérations ont pour but de chercher* « *à les réaliser.*

« Il est permis d'espérer que ces principes amèneront, « dans l'avenir, la réalisation du vœu des citoyens de la ville « d'Anvers.

« En attendant, la commission a la ferme confiance que « tout commandant d'armée civilisée se conformera aux « principes que la conférence a pour but de faire sanction- « ner par un règlement international, considérera toujours « comme un devoir sacré d'employer tous les moyens qui « peuvent dépendre de lui, en cas de siége d'une ville for- « tifiée, afin de respecter les propriétés privées appartenant « à des citoyens inoffensifs, autant que les circonstances « locales et les nécessités de la guerre lui en laisseront la « possibilité[2]. »

En résumé cette réponse, précieuse comme hommage rendu aux principes d'humanité par la commission, laisse la question soulevée sans autre solution qu'un appel à l'humanité du général assiégeant, et celui-ci peut toujours se croire autorisé à user du bombardement dans le sens qui lui paraîtra le plus efficace pour atteindre son but, suivant l'opinion du délégué allemand.

Une autre question restée sans solution a été posée par le délégué portugais. M. le baron de Lanza aurait voulu « que « lorsque le défenseur d'une place forte en expulsera les « habitants pour économiser ses ressources... l'assiégeant « pût, sans violer les droits de la guerre, refuser la libre « sortie aux habitants, et qu'en ce cas l'assiégé fût tenu de « les laisser rentrer dans la place ». Le délégué allemand a

[1] Devenu l'aritcle 38 du projet de convention. (Voir ci-après.)

[2] Protocole n° 3, séance du 1er août ; protocole n° 17, séance du 21 août annexes n° V.

Digitized by Google

insisté sur cette observation, et demandé qu'une clause expresse portât qu'aussitôt l'investissement accompli, l'assiégeant ne fût pas tenu de consentir à la sortie des habitants de la place bloquée. La proposition a été retirée, mais la question reste, et n'ayant reçu aucune solution tombe dans ce domaine du droit des gens non écrit, auquel la conférence abandonne toutes les questions qu'elle ne propose pas de résoudre par un règlement international. Il en a été néanmoins expressément fait mention ainsi aux protocoles [1].

« Une ville prise d'assaut ne doit pas être livrée au pillage « des troupes victorieuses. » (Art. 18.) Il a été, du reste, entendu que le mot *ville* doit être interprété comme s'appliquant à toute agglomération d'habitants [2].

Des espions.

L'espionnage est certainement une difficulté dans le droit de la guerre, car, vu avec défaveur, il rentre cependant dans les nécessités de la lutte. Aussi nous avons vu qu'on n'a pu ranger au nombre des moyens interdits les actes ayant pour but de se procurer des renseignements sur l'ennemi et sur les positions qu'il occupe. Or, l'espionnage étant un de ces moyens, il fallait l'admettre en fait et régler, autant que possible, ce qui le concerne [3].

En principe, l'espion agit à ses risques et périls et son sort dépend du fait. S'il réussit et s'il accomplit sa mission, il ne peut être recherché ultérieurement; s'il échoue et s'il est pris sur le fait, il subit les funestes conséquences de la capture.

Mais ne peuvent être considérés comme espions tous ceux qui donnent des renseignements à l'ennemi par nécessité de service, et agissent ostensiblement en remplissant une mission soit d'investigation, soit de transmission de dépêches.

Tel nous paraît être le résumé exact des dispositions suivantes, adoptées par la conférence :

« Ne peut être considéré comme espion que l'individu

[1] Protocole n° 2, séance du 31 juillet ; protocole n° 3, séance du 1er août.
[2] Protocole n° 4, séance du 3 août.
[3] Voyez *suprà* et article 14.

Digitized by Google

« qui, agissant clandestinement ou sous de faux prétextes,
« recueille ou cherche à recueillir des informations dans la
« localité occupée par l'ennemi, avec l'intention de les com-
« muniquer à la partie adverse. » (Art. 19.)

« L'espion pris sur le fait sera jugé et traité d'après les lois
« en vigueur dans l'armée qui l'a saisi. » (Art. 20.)

« L'espion qui rejoint l'armée à laquelle il appartient et
« qui est capturé plus tard par l'ennemi, est traité comme
« prisonnier de guerre, et n'encourt aucune responsabilité
« pour ses actes antérieurs. (Art. 21.)

« Les militaires non déguisés qui ont pénétré dans la zone
« d'opérations de l'armée ennemie, à l'effet de recueillir des
« informations, ne sont pas considérés comme espions.

« De même ne doivent pas être considérés comme espions,
« s'ils sont capturés par l'ennemi, les militaires (et aussi les
« non-militaires accomplissant ouvertement leur mission)
« chargés de transmettre les dépêches destinées, soit à leur
« propre armée, soit à l'armée ennemie.

« A cette même catégorie appartiennent également, s'ils
« sont capturés, les individus envoyés en ballon pour trans-
« mettre des dépêches et en général pour entretenir les
« communications entre les diverses parties d'une armée
« ou d'un territoire [1]. » (Art. 22.)

Il est bon de faire remarquer : 1° que le projet russe contenant sous le n° 20 un article ainsi conçu : *Est également livré à la justice tout habitant du pays occupé par l'ennemi qui communique des informations à la partie adverse*, la commission, d'une voix unanime et sans débat, l'a supprimé, ce qui condamne éloquemment le principe qu'il formulait [2];

2° Que l'article 21, dont la suppression a été demandée, a, au contraire, pour but de bien préciser que l'espion saisi sur le fait n'est point par cela même hors de la loi, qu'il doit être l'objet d'une décision expresse d'un jugement; mais que le fond comme la forme de ce jugement doivent être conformes à la loi de l'armée qui a saisi l'espion. Cela résulte du rapprochement des observations échangées, et notamment de la déclaration du président qui a clos ce point de discussion.

[1] Protocole n° 3, séance du 2 août.
[2] *Ibidem.*

Digitized by Google

« L'espion saisi sera jugé. Si l'on se taisait, il risquerait d'être « fusillé sur place dans l'ardeur de la lutte, sans que sa cul- « pabilité fût constatée. »

3° Une autre question a été soulevée par le délégué belge. « Un habitant d'une localité non encore occupée s'en va dans la zone des opérations recueillir des renseignements qu'il transmet à son gouvernement ou à l'armée nationale. Sa mission remplie, il rentre chez lui. Plus tard il tombe avec sa localité au pouvoir de l'ennemi; celui-ci peut-il le punir? Sans aucune contradiction, les délégués de Russie ont reconnu que cet habitant ne peut être puni; le délégué belge a pris acte de la réponse qui est inscrite au protocole[1].

Doit-on considérer comme espion ou comme coupable de haute trahison l'habitant du pays qui a volontairement servi de guide à l'ennemi?

Cette question, qui ne nous semble pas ressortir des travaux de la conférence, puisque la criminalité qu'il s'agit d'apprécier ne saurait être examinée que par le pays trahi et à la charge de son regnicole, a été soulevée par le dépôt incidentel d'une proposition russe à la séance du 1er août, mais probablement pour amener la solution de la question correspondante; cette criminalité ne cesse-t-elle pas si l'habitant a été forcé par l'ennemi, car celle-ci suppose que l'ennemi a le droit de contraindre l'habitant à lui servir de guide, et enfin pour arriver à cette troisième et grave proposition : Un guide, même quand il est forcé de servir l'ennemi, peut être puni quand il a indiqué avec intention de faux chemins. Voici le texte de la proposition incidente :

Art. .... *Un habitant du pays qui a volontairement servi de guide à l'ennemi est coupable de haute trahison; il n'est pas punissable dès qu'il a été forcé par l'ennemi.*

Un guide, même quand il a été forcé de servir l'ennemi, peut être puni quand il a indiqué volontairement de faux chemins[2].

Malgré sa rédaction discrète, le protocole laisse percer la surprise que cette proposition a fait naître, car il constate la réserve de plusieurs délégués alléguant un défaut de pouvoir,

[1] Protocole n° 4, séance du 3 août.

[2] Protocole n° 3, séance du 1er août, annexe n° VI, et protocole n° 16, séance du 20 août.

Digitized by Google

le renvoi à un autre jour de la discussion et l'impression ordonnée de ce document. A la séance du 20 août, les délégués russes proposèrent eux-mêmes la suppression de leur proposition. Ce simple exposé suffit pour faire ressortir combien elle parut contraire à l'esprit des travaux de la conférence. Il est difficile de comprendre, en effet, comment on aurait pu concilier l'obligation pour les habitants d'un pays de servir de *guides utiles* à l'ennemi avec le principe dont nous parlerons plus bas [1], et qui défend d'obliger la population d'un territoire à prendre part aux opérations militaires contre son propre pays. Est-il une coopération plus directe à la guerre que de guider l'ennemi par le *meilleur chemin* au but qu'il veut atteindre?

Il faut néanmoins reconnaître que ce retrait n'est pas une solution et que la grave question soulevée est encore une de celles abandonnées aux hasards des événements de guerre.

Des prisonniers de guerre.

Bien que nous nous soyons interdit toute digression, il nous est impossible, en commençant ce chapitre des travaux de la conférence, de ne pas signaler, à l'honneur des temps modernes, la distance parcourue entre l'époque où la guerre se faisait non-seulement à l'être collectif et aux armées luttant sur le champ de bataille, mais encore à tous et à chacun des individus composant la nation ennemie et où l'on admettait ces affreuses pratiques qui autorisaient l'égorgement des prisonniers. Toutes les mesures d'humanité qui tempéraient l'égorgement sans le supprimer tout à fait, se bornaient à l'esclavage et à la vente à l'encan de populations entières. Constatons également que sauf des réserves diplomatiques et des dissentiments de détail, l'accord s'est presque constamment établi sur le devoir de traiter avec humanité les prisonniers de guerre.

« Les prisonniers de guerre sont des ennemis légaux et « désarmés.

« Ils sont au pouvoir du gouvernement ennemi, mais non « des individus ou des corps qui les ont capturés.

[1] Voir ci-après l'article 36.

Digitized by Google

« Ils doivent être traités avec humanité.

« Tout acte d'insubordination autorise, à leur égard, les « mesures de rigueur nécessaires. » (Art. 23.)

« Les prisonniers de guerre peuvent être assujettis à l'in- « ternement dans une ville, forteresse, camp ou localité quel- « conque, avec obligation de ne pas s'en éloigner au delà de « certaines limites déterminées ; mais ils ne peuvent être en- « fermés que par mesure de sûreté indispensable. » (Art. 24.)

« Les prisonniers de guerre peuvent être employés à cer- « tains travaux publics qui n'aient pas un rapport direct avec « les opérations sur le théâtre de la guerre et qui ne soient « pas exténuants et humiliants pour leur grade militaire, s'ils « appartiennent à l'armée, ou pour leur position officielle, « s'ils n'en font point partie.

« Ils pourront également, en se conformant aux disposi- « tions réglementaires à fixer par l'autorité militaire, pren- « dre part aux travaux de l'industrie privée.

« Leur salaire servira à améliorer leur position ou leur « sera compté au moment de leur libération. Dans ce cas, « les frais d'entretien pourront être défalqués de ce salaire. » (Art. 25.)

« Les prisonniers de guerre ne peuvent être astreints d'au- « cune manière à prendre une part quelconque à la pour- « suite de la guerre. » (Art. 26).

« Le gouvernement au pouvoir duquel se trouvent les pri- « sonniers de guerre se charge de leur entretien.

« Les conditions de cet entretien peuvent être établies par « une entente mutuelle entre les parties belligérantes. A « défaut de cette entente et comme principe général, les « prisonniers de guerre seront traités pour la nourriture « et l'habillement sur le même pied que les troupes du gou- « vernement qui les aura capturés. » (Art. 27.)

« Les prisonniers de guerre sont soumis aux lois et règle- « ments en vigueur dans l'armée au pouvoir de laquelle ils « se trouvent.

« Contre un prisonnier de guerre en fuite, il est permis, « après sommation, de faire usage des armes. Repris, il est « passible des peines disciplinaires ou soumis à une surveil- « lance plus sévère.

« Si après avoir réussi à s'échapper, il est de nouveau fait

Digitized by Google

« prisonnier, il n'est passible d'aucune peine pour sa fuite « antérieure. » (Art. 28.)

« Chaque prisonnier de guerre est tenu de déclarer, s'il est « interrogé à ce sujet, ses véritables noms et grade et, dans « le cas où il enfreindrait cette règle, il s'exposerait à une « restriction des avantages accordés aux prisonniers de « guerre de sa catégorie. » (Art. 29.)

« L'échange des prisonniers de guerre est réglé par une « entente mutuelle entre les parties belligérantes. »(Art. 30.)

« Les prisonniers de guerre peuvent être mis en liberté « sur parole, si les lois de leur pays les y autorisent, et, en « pareil cas, ils sont obligés, sous la garantie de leur honneur « personnel, de remplir scrupuleusement, tant vis-à-vis de « leur propre gouvernement que de celui qui les a fait pri- « sonniers, les engagements qu'ils auraient contractés.

« Dans le même cas, leur propre gouvernement ne doit ni « exiger ni accepter d'eux aucun service contraire à la parole « donnée. » (Art. 31.)

« Un prisonnier de guerre ne peut pas être contraint d'ac- « cepter sa liberté sur parole ; de même que le gouverne- « ment ennemi n'est pas obligé d'accéder à la demande du « prisonnier réclamant sa liberté sur parole. » (Art. 32.)

« Tout prisonnier de guerre libre sur parole et repris por- « tant les armes contre le gouvernement envers lequel il « s'était engagé d'honneur, peut être privé du droit de pri- « sonnier et traduit devant les tribunaux[1]. » (Art. 33.)

Nous aurions craint de diminuer la clarté de cet exposé de la situation des prisonniers de guerre en y intercalant les observations échangées et, en outre, par la raison que ces observations n'ont signalé aucune divergence sérieuse.

Un dernier article du chapitre des prisonniers ne semble guère à sa place. Il concerne certaines catégories de personnes qui se trouvent à la suite des armées, sans en faire partie. Le projet russe, plus logique, commençait par définir, dans deux articles, quelles personnes peuvent être faites prisonnières : c'étaient d'abord les combattants et les non-combattants reconnus par la loi sauf certaines exceptions et ensuite les individus qui, se trouvant auprès des armées, n'en font

[1] Protocole n° 5, séance du 5 août.

Digitized by Google

pas directement partie. Ces deux articles portaient les numéros 23 et 24. La discussion de ces articles fut différée, puis on les supprima par le motif qu'ils n'avaient plus de raison d'être (probablement à raison des résolutions prises sur le caractère des belligérants et l'exécution de la convention de Genève). Les définitions de l'article 23 et de l'article 24 furent rejetées à la fin du chapitre. Selon le délégué d'Allemagne, on posait ainsi les principes dans les premiers paragraphes et le chapitre se terminait par l'exception. Cela est peu exact, il suffit de lire les articles précédents pour se convaincre qu'ils posent des principes sur le *traitement* des prisonniers et non sur les personnes qui peuvent être capturées. L'article 34 n'a donc aucune liaison avec les précédents, mais il a son importance propre.

« Peuvent également être faits prisonniers les individus « qui, se trouvant auprès des armées, n'en font pas directe- « ment partie, tels que : les correspondants, les *reporters* des « journaux, les vivandiers, les fournisseurs, etc. Toutefois, « ils doivent être munis d'une autorisation émanant du pou- « voir compétent et d'un certificat d'identité. » (Art. 34.)

Une tentative a été faite par le délégués des Pays-Bas, pour soustraire aux chances de la guerre les *reporters* de journaux, tout en laissant les autres personnes soumises à l'effet de cet article. Il était chargé par son gouvernement de proposer l'insertion de la clause suivante : *Les correspondants ou reporters des journaux qui n'ont pris aucune part active aux opérations de guerre jouissent des droits de neutralité.* Ils n'apportent, disait-il, aucune force à l'armée ennemie. L'armée victorieuse n'a aucun intérêt à les inutiliser et, dans l'intérêt de la publicité, il semble désirable de leur accorder une protection spéciale. Mais il lui a été répondu par le délégué allemand qu'on doit regarder les *reporters* comme de simples habitants. Il peut arriver qu'ils ne fassent aucun mal, mais il est des cas où ils sont certainement nuisibles. Dans ce dernier cas, le § 24 ne dit pas qu'ils doivent être faits prisonniers, mais qu'ils peuvent l'être. La proposition fut alors retirée, mais le délégué des Pays-Bas en a réclamé mention au precès-verbal[1].

[1] Protocole n° 5, séance du 5 août; protocole n° 6, séance du 6 août;

Digitized by Google

Des non-combattants et des blessés [1].

La conférence, bien qu'elle ait longuement examiné les questions relatives aux malades et aux blessés, a réduit ses résolutions à un article unique : « Les obligations des belligé-« gérants concernant le service des malades et des blessés sont « régies par la convention de Genève du 22 août 1864, sauf « les modifications dont celle-ci pourra être l'objet. » (Art. 35.)

Cette résolution, pour être appréciée, nécessite quelques explications.

Le 22 août 1864 fut signée à Genève, à la suite d'une conférence internationale, une convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés sur le champ de bataille. Nous en avons rappelé le texte plus haut, page 534 en note. Postérieurement à ce traité, des articles additionnels ont été proposés et signés à Genève, en vue d'en améliorer les dispositions, mais ils n'ont pas été ratifiés par tous les États et sont encore dans le domaine des négociations.

Le projet primitif soumis par la Russie à la conférence contenait un chapitre intitulé *des non-combattants et des blessés*, dans lequel, outre un renvoi général à la convention de Genève, on proposait cinq articles additionnels à cette convention [2]. A cette occasion, des propositions diverses ont été déposées soit sur l'ordre d'un État représenté, soit d'après l'initiative personnelle du délégué, et des observations ont été échangées. Il serait oiseux de les reproduire, mais il importe de constater que leur résultat a été de mettre en lumière

protocole n° 13, séance du 17 août, annexe n° IX ; protocole n° 4, séance plénière du 26 août.

La commission a délibéré sur le projet russe ; mais est venu se joindre à celui-ci un projet présenté dans la séance du 31 juillet par le délégué belge sur les *prisonniers*, les non-combattants, les blessés, etc. (annexe n° III). Ce projet a été pris sur plusieurs points en considération.

[1] Protocole n° 7, séance du 7 août ; protocole n° 8, séance du 8 août ; protocole n° 9, séance du 9 août.

[2] On trouve dans les actes de la conférence plusieurs rédactions proposées à l'occasion de ce chapitre Ier : projet russe, protocole des séances plénières n° 1 ; projet belge, protocole n° 2, annexe n° III ; projet du délégué allemand, protocole n° 7, annexe n° X ; projet belge sur les sociétés de secours aux blessés, protocole n° 7, annexe n° XI ; rédaction de la sous-commission, protocole n° 8, annexe n° XIII.

Digitized by Google

trois points essentiels : 1° La convention de Genève est un acte international auquel la conférence ne peut toucher. 2° Il serait contraire à l'institution de cette conférence de passer sous silence les malades et les blessés. 3° Donc, tout en s'abstenant de modifier la convention de Genève, il convient d'examiner les divers projets et de soumettre le résultat de cet examen comme travail séparé additionnel au projet de convention à élaborer.

En conséquence et sous toutes les réserves possibles, la conférence a examiné d'abord article par article la convention de Genève, fait consigner au protocole les observations critiques dont elle a été l'objet, et termine ce premier point de discussion par la déclaration suivante : « MM. les délégués de « la commission se bornent à déférer les diverses opinions « omises dans la présente séance à l'examen de leurs gou- « vernements respectifs, en vue de modifications et amélio- « rations qui pourraient être introduites d'un commun accord « dans la convention de Genève [1]. »

On comprend que cette convention restant le droit de la guerre sur les points qu'elle règle, nous n'avons pas à reproduire ici les observations échangées qui rentrent par le fait même de la conférence au rang de simples opinions à examiner ultérieurement.

Il en a été autrement de la partie du projet belge relative aux belligérants internés et aux blessés soignés chez les neutres, qui a été adoptée après modification et forme un chapitre dernier et spécial du projet de convention; nous y reviendrons plus tard.

Du pouvoir militaire à l'égard des personnes privées.

Nous avons eu occasion d'exposer plus haut les principes adoptés en ce qui concerne le droit des populations de prendre part à la guerre [2], principes qui primitivement formaient les trois premiers articles du projet russe (art. 45, 46, 47); il ne s'agit ici que du pouvoir militaire s'exerçant sur la population soumise à l'occupation.

[1] Protocole n° 10, séance du 12 août.
[2] Page 551.

Digitized by Google

« La population d'un territoire occupé ne peut être forcée « de prendre part aux opérations militaires contre son propre « pays. » (Art. 36.) Ce principe énoncé clairement nécessite cependant quelques explications, car les discussions à la suite desquelles il a été adopté sont de nature à en restreindre quelque peu la portée générale. Le projet russe modifié portait[1] : « La population ne peut être forcée à prendre part aux opérations militaires contre son gouvernement *ni à des actes de nature à contribuer à la poursuite de faits de guerre au détriment de la patrie*. Le délégué allemand a demandé la suppression de l'alinéa final pour ne pas le mettre en contradiction avec les principes de réquisitions, et désirait qu'on insérât les mots *part active* dans l'article, et le délégué italien a appuyé cette suppression en ajoutant : « Aucun gouvernement ne pourrait s'engager, disait-il, à ne pas requérir des guides, à ne pas faire travailler des ouvriers du pays aux voies de communication, à ne pas imposer aux voituriers des transports de subsistances et autres services semblables. » Le délégué belge faisait remarquer avec raison : 1° que l'addition des mots *part active* paraîtrait justifier tous les actes qui ne rentreraient pas dans la qualification proposée, et 2° que la suppression de l'alinéa final donnait lieu à une interprétation contraire au but humanitaire poursuivi. Le protocole qui relate cette discussion rapporte ainsi la décision qui manque certainement de clarté : « La commission partage la manière « de voir de M. le baron de Landermont, relativement aux « mots *part active*, mais elle se prononce pour la suppres- « sion de la partie finale de l'article 48. »

De cela résulte nécessairement un très-grand vague sur la portée du principe; nous pensons qu'il exclut au moins la participation aux travaux de siége et aux actes directs de guerre.

« La population d'un territoire occupé ne peut être con- « trainte à prêter serment à la puissance ennemie. » (Art. 37.)

« Les convictions religeuses, l'honneur et les droits de la « famille, la vie et la propriété de la population doivent être « respectés. » (Art. 38.)

« Le pillage est formellement interdit. »

[1] Protocole n° 14, séance du 18 août.

Digitized by Google

Constatons que cette déclaration à aucun instant et de la part d'aucun membre n'a été l'objet d'une restriction quelconque.

Des contributions et des réquisitions.

Bien que la propriété privée doive être respectée, la guerre a des nécessités impérieuses qui limitent l'application trop absolue de ce principe, et personne n'a mis en doute le droit pour une armée de faire des réquisitions nécessaires à son existence. C'est un point nettement accepté, mais les divergences les plus grandes ont amené la conférence à constater tant de restrictions et d'opinions différentes à l'occasion de la rédaction adoptée, qu'il est difficile d'y voir autre chose que le principe du droit de réquisition *reconnu*, mais *limité* de manière à ne pas aboutir à la confiscation de la propriété privée, et le *désir* non satisfait de tracer les règles qui peuvent conduire à ce but.

La rédaction adoptée après une longue discussion est la suivante : « La propriété privée devant être respectée, l'en-« nemi ne demandera aux communes et aux habitants que « des prestations et des services en rapport avec les néces-« sités de la guerre généralement reconnues, en proportion « avec les ressources du pays et qui n'impliquent pas pour « les populations l'obligation de prendre part aux opérations « de la guerre contre leur pays [1]. » (Art. 40.)

Les points de divergence sont : 1° le vague de ces mots *nécessités* de la *guerre* limité par ces mots *généralement reconnues*. Le projet russe portait : *L'ennemi peut exiger de la population locale tous les impôts, services et redevances en nature et en argent auxquels ont droit les armées du gouvernement légal.* Cette rédaction avait le mérite de limiter le droit de réquisition, mais elle a été écartée à l'aide d'objections diverses. On lui a reproché de trop étendre le droit de réquisition si le gouvernement du pays occupé impose à la population soit d'ordinaire, soit extraordinairement des sacrifices considérables, de trop le restreindre si ce gouvernement limite trop ces sacrifices, de renvoyer l'occupant, dans un moment d'urgence, à une législation qui ne peut pas exister ou qu'il ignore,

[1] Protocole n° 15, séance du 19 août; protocole n° 16, séance du 20.

Digitized by Google

enfin de ne pas répondre au fait impérieux, inévitable d'une armée ayant des besoins et le droit d'exiger ce qu'ils réclament.

Le deuxième point de divergence a porté sur la nature de la réquisition qui n'est qu'une avance forcée et qui doit donner lieu à un dédommagement au vu des quittances remises par le requérant au réquisitionné. Des questions de droit public intérieur, des distinctions un peu subtiles ont quelque peu obscurci le principe néanmoins reconnu que, pour n'être pas une confiscation, la réquisition comporte quittance et dédommagement.

« L'ennemi prélevant des contributions soit comme équi-
« valent (V. art. 5) ou pour des prestations qui devraient être
« faites en nature, soit à titre d'amende, n'y procédera, au-
« tant que possible, que d'après la règle de la répartition
« et de l'assiette des impôts en vigueur dans le territoire
« occupé.

« Les autorités civiles du gouvernement légal y prêteront
« leur assistance, si elles sont restées en fonctions.

« Les contributions ne pourront être imposées que sur
« l'ordre et sous la responsabilité du général en chef ou de
« l'autorité civile supérieure, établie par l'ennemi dans le
« territoire occupé.

« Pour toute contribution, un reçu sera donné au contri-
« buable. » (Art. 41.)

La suppression du mot *amende* a été vivement demandée, sans que cependant on ait contesté pour l'occupant le droit de punir, par ce moyen, les infractions aux coutumes de la guerre. « Ou bien, dit M. le délégué des Pays-Bas, une
« amende sera le résultat d'une infraction prévue par le droit
« pénal, et alors il sera inutile de mentionner spécialement
« ce cas isolé ; ou bien ce sera une représaille, et alors il pa-
« raît désirable de ne pas plus indiquer ce cas de représaille
« que les autres mesures excessives et dures qui peuvent être
« la conséquence de la guerre, mais que tout le monde
« répugne de sanctionner. »

Le délégué allemand a soutenu, au contraire, qu'il était impossible de supprimer le mot, et comme la conférence l'a maintenu, elle a reconnu que le mot et la chose n'ont rien de contraire aux usages actuels de la guerre.

Digitized by Google

« Les réquisitions ne seront faites qu'avec l'autorisation « du commandant dans la localité occupée.

« Pour toute réquisition, il sera accordé une indemnité ou « délivré un reçu[1]. » (Art. 54.)

Des parlementaires[2].

L'indispensable nécessité de certaines communications entre les armées belligérantes est reconnue et pratiquée depuis si longtemps, qu'il ne s'est pas élevé de sérieuses dissidences sur la reconnaissance des principes qui doivent leur servir de règles. Toute la discussion a porté sur des questions de détails auxquelles il a été pourvu, autant que possible, par la rédaction adoptée.

« Un parlementaire est un individu autorisé par l'un des « belligérants à entrer en pourparlers avec l'autre et se « présentant avec le drapeau blanc, accompagné d'un trom- « pette (clairon ou tambour), ou aussi d'un porte-drapeau. « Il aura droit à l'inviolabilité ainsi que le trompette (clairon « ou tambour) et le porte-drapeau qui l'accompagnent. » (Art. 43.)

« Le chef auquel un parlementaire est expédié n'est pas « obligé de le recevoir en toutes circonstances et dans toutes « les conditions.

« Il lui est loisible de prendre toutes les mesures néces- « saires pour empêcher le parlementaire de profiter de son « séjour dans le rayon des positions de l'ennemi au préjudice « de ce dernier, et, si le parlementaire s'est rendu coupable « de cet abus de confiance, il a le droit de le retenir tempo- « rairement.

« Il peut également déclarer d'avance qu'il ne recevra pas « de parlementaire pendant un temps déterminé. Les parle- « mentaires qui viennent à se présenter après une pareille « notification, du côté de la partie qui l'aurait reçue, per- « dent le droit à l'inviolabilité. » (Art. 44.)

[1] Protocole n° 16, séance du 20 août. (Voir la protestation motivée du délégué belge contre les articles 52, 53 et 54.)

[2] Ce chapitre portait dans le projet russe : Des communications et des parlementaires.

Digitized by Google

« Le parlementaire perd ses droits à l'inviolabilité, s'il est « prouvé d'une manière positive et irrécusable qu'il a profité « de sa position pour provoquer ou commettre un acte de « trahison. » (Art. 45.)

Il importe de faire remarquer que le projet russe contenait, outre le germe de la rédaction qui précède, une disposition qui a disparu du projet définitif et sur laquelle il est bon de donner quelques explications.

1° *Toute communication entre les territoires occupés par les parties belligérantes cesse et ne peut être permise que par l'autorité militaire, dans la mesure de ce qu'elle jugera indispensable.*

Cet article a été supprimé d'un commun accord, mais il faut remarquer que sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la suppression n'implique pas que le *fait* cessera d'exister, mais simplement qu'il est difficile à régler *à priori* parce qu'on semblerait affirmer comme un droit obligatoire ce qui n'est qu'un acte du pouvoir temporaire de l'occupant. « D'une part, a dit M. le délégué des Pays-Bas en motivant sa demande de suppression, l'article semble superflu puisque l'occupant aura toujours la faculté de défendre les communications, s'il le juge convenable; d'autre part, l'énonciation du principe tel qu'il est formulé semblerait établir entre les occupés et leur patrie une séparation qui n'est pas admissible [1].

2° *Les agents diplomatiques et consulaires des puissances neutres ont le droit d'exiger des parties belligérantes l'autorisation de quitter sans empêchement le théâtre des opérations de la guerre; mais en cas de nécessité absolue, la satisfaction de semblables réclamations peut être ajournée à un moment plus opportun.*

Sans méconnaître le droit des neutres, on a pensé que cet article pouvait être retranché par la double raison : 1° que le cas prévu se présente rarement et que les gouvernements se décident, lorsqu'il se produit, bien moins d'après les règles ordinaires de la guerre que d'après des circonstances ou des considérations purement politiques; 2° que cet article traitait de questions qui intéressent plutôt l'un des belligérants et les neutres que les belligérants entre eux.

3° *Si le parlementaire, se présentant chez l'ennemi pendant un*

[1] Protocole n° 4, séance du 3 août; protocole n° 14, séance du 18 août.

Digitized by Google

combat, est blessé ou tué, ce fait ne sera pas considéré comme une violation du droit.

Adoptée avec une modification, cette rédaction a été retranchée à la seconde lecture par la raison qu'il est incontestable que l'*accident* par suite duquel un parlementaire est tué ou blessé par un obus ou dans une charge n'est pas une violation du droit, mais qu'il est inutile de rédiger un texte qui pourrait donner lieu à des récriminations sans fournir aucun moyen de discerner la blessure volontaire du cas fortuit[1].

Des capitulations.

« Les conditions de capitulation sont débattues entre les « parties contractantes.

« Elles ne peuvent pas être contraires à l'honneur mili- « taire ; une fois fixées par une convention, elles doivent être « scrupuleusement observées par les deux parties[2]. » (Art. 46.)

L'accord s'est fait presque immédiatement sur cette rédaction. Tout le monde reconnaissait les mêmes principes. Mais un point essentiel est resté sans solution : qui a qualité pour faire des capitulations ? Il est clair que si les gouvernements ne veulent pas ratifier la capitulation, sous prétexte de défaut de qualité des stipulants, le principe de l'inviolabilité des conventions tombe. Or on a trouvé la question trop difficile à résoudre par une rédaction. A cette occasion le délégué russe a rappelé les circonstances de la capitulation de Baylen, le délégué allemand celles de la capitulation de Klosterseven, et la question de la validité d'une capitulation reste soumise à bien des incertitudes.

De l'armistice.

« L'armistice suspend les opérations de guerre par un « accord mutuel des parties belligérantes. Si la durée n'en « est pas déterminée, les parties belligérantes peuvent « reprendre, en tout temps, les opérations, pourvu toutefois « que l'ennemi soit averti en temps convenu, conformément « aux conditions de l'armistice[3] ». (Art. 47.)

[1] Protocole n° 4, séance du 4 août; protocole n° 13, séance du 17 août.
[2] Protocole n° 5, séance du 3 août.
[3] Protocole n° 4, séance du 3 août.

Digitized by Google

« L'armistice peut être général ou local. Le premier sus-
« pend partout les opérations de guerre des États belligérants;
« le second, seulement entre certaines fractions des armées
« belligérantes et dans un rayon déterminé. » (Art. 48.)

« L'armistice doit être officiellement et sans retard notifié
« aux autorités compétentes et aux troupes. Les hostilités sont
« suspendues immédiatement après la notification. » (Art. 49.)

« Il dépend des parties contractantes de fixer, dans les
« clauses de l'armistice, les rapports qui peuvent avoir lieu
« entre les populations. » (Art. 50.)

« La violation de l'armistice par l'une des parties donne à
« l'autre le droit de le dénoncer. » (Art. 51.)

« La violation des clauses de l'armistice par des particuliers
« agissant de leur propre initiative donne le droit seulement
« à réclamer la punition des coupables, et, s'il y a lieu, une
« indemnité pour les pertes éprouvées. » (Art. 52.)

Des représailles.

Le projet russe contenait, sous la rubrique représailles, des dispositions ayant pour but, non de légaliser cette terrible pratique de la guerre, mais d'en restreindre les sévérités. La conférence a cru devoir écarter ce chapitre, aimant mieux laisser les choses dans l'état pratique actuel que de les sanctionner en les régularisant. Les inconvénients, comme les avantages de cette résolution, ont été très-bien exposés par le président Jomini. « Je regrette de voir rester dans le vague
« du silence une des plus dures nécessités de la guerre. Si
« l'on supprimait la chose en s'abstenant de prononcer le
« mot, je ne pourrais qu'y applaudir; mais si la chose doit
« rester dans les nécessités de la guerre, je crains que ce
« silence et cette obscurité n'en effacent les limites.

« Toutefois, je crois que la constatation, même dans nos
« protocoles, du fait que la commission, après avoir cherché
« à régler, à adoucir, à astreindre les représailles, a reculé
« devant sa tâche et devant la répugnance universelle qu'in-
« spire ce droit extrême de la guerre, je crois que cette con-
« statation aura une portée morale des plus sérieuses. C'est
« peut-être la meilleure limite que nous ayons pu tracer à
« l'exercice de ce droit et surtout à l'usage qui en pourra être
« fait à l'avenir [1]. »

[1] Protocole n° 16, séance du 2 août.

Digitized by Google

Nous croyons qu'il convient de reproduire, comme exprimant au moins l'opinion d'une grande puissance sur ce sujet si grave et si vague, les articles du projet russe.

Les représailles ne sont admises que dans les cas extrêmes, en observant, autant que possible, les lois de l'humanité quand il sera irrécusablement prouvé que les lois et coutumes de la guerre ont été violées par l'ennemi et qu'il a recours à des moyens réprouvés par le droit des gens.

Le choix des moyens et l'étendue des représailles devront être en rapport avec le degré d'infraction de droit commise par l'ennemi. Des représailles démesurément sévères sont contraires au droit des gens.

Les représailles ne seront admises qu'avec l'autorisation du commandant en chef, qui aura également à fixer le degré de leur rigueur et leur durée.

Ajoutons encore, comme opinion du représentant de l'Allemagne : « Il faut appliquer les peines prévues par les Codes « militaires, sans cela on tombe dans les abus les plus « graves[1]. »

Avec la question de représailles ont été mises à l'écart deux questions non moins importantes, celle des *guides* et des *otages*. Sur ces points tout est donc resté dans l'état actuel et sans éclaircissements aucuns.

Des belligérants et des blessés soignés chez les neutres.

Nous avons eu occasion de parler des blessés[2], de mentionner les diverses propositions déposées et de faire connaître les résolutions de la conférence, en ce qui concerne le maintien de la convention de Genève et l'indication de quelques points sur lesquels des négociations pourraient s'ouvrir en vue de la modifier.

Mais ces divers projets comprenaient un chapitre relatif aux belligérants internés et aux blessés soignés chez les neutres; la commission, en décidant que l'examen de ces dispositions pouvait être fait par elle, en a renvoyé la discussion après celle du projet russe primitif. C'est ainsi qu'un chapitre nouveau a pris place dans le projet de convention internationale. « Il n'est pas entré dans la pensée du gouver- « nement belge, auteur de la proposition, d'appeler la con-

[1] Protocole n° 19, séance du 24 août.
[2] Page 569.

Digitized by Google

« férence à délibérer sur le Code des droits et des devoirs de « la neutralité prise dans un sens général.

« Ayant remarqué que le projet élaboré à Saint-Péters- « bourg contenait un chapitre concernant les prisonniers et « un autre relatif aux blessés, le cabinet de Bruxelles a pensé « qu'il serait rationnel de traiter aussi des belligérants passant « sur le territoire neutre.

« L'État neutre qui reçoit sur son territoire des troupes « appartenant aux armées belligérantes, les internera, au- « tant que possible, loin du théâtre de la guerre.

« Il pourra les garder dans le camp et même les enfermer « dans des forteresses ou dans des lieux appropriés à cet effet.

« Il décidera si les officiers peuvent être laissés libres en « prenant l'engagement, sur parole, de ne pas quitter le « territoire sans autorisation (art. 53).

« A défaut de convention spéciale, l'État neutre fournira « aux internés les vivres, les habillements et les secours « commandés par l'humanité.

« Bonification sera faite à la paix des frais occasionnés « par l'internement (art. 54).

« L'État neutre pourra autoriser le passage par son terri- « toire des blessés ou malades appartenant aux armées bel- « ligérantes, sous la réserve que les trains qui les amèneront « ne transporteront ni personnel ni matériel de guerre.

« En pareil cas, l'État neutre est tenu de prendre les « mesures de sûreté et de controle nécessaires à cet effet. » (Art. 55.)

« La Convention de Genève s'applique aux malades et aux « blessés internés sur territoire neutre. »

Le délégué des Pays-Bas avait demandé l'addition d'une disposition portant : *L'État neutre n'est tenu à aucune obligation envers les belligérants par rapport aux prisonniers échappés des mains de l'ennemi et réfugiés sur son territoire;* mais comme il a été répondu que cela est incontestable et n'avait pas besoin d'être formulé, il a, sous le bénéfice de cette observation, retiré sa proposition.

Telle est donc dans son ensemble et dans ses détails avec ses principes acquis et ses nombreuses lacunes l'œuvre de la conférence de Bruxelles. Il ne faut pas se faire d'illusion, après l'avortement des négociations ouvertes et l'état des choses en Europe, sur la possibilité plus ou moins prochaine

Digitized by Google

de la voir convertie en un acte diplomatique et devenir le droit écrit de la guerre, mais il importe d'en bien apprécier toute l'importance. Jamais le droit des gens, qui s'est édifié à l'aide de principes religieux et des règles empruntées à la morale universelle, ne s'est appuyé sur une investigation et sur des reconnaissances aussi solennelles que celle-ci, jamais les légitimes revendications de la faiblesse contre les abus de la force et les limites que celle-ci doit s'imposer n'ont eu une base aussi solide que les constatations des délégués de tous les États de l'Europe.

Aussi, le président de la conférence, dont nous avons déjà rappelé l'appréciation, a pu dire avec raison en rendant compte de ses travaux : « Notre travail, tel qu'il est, complété « par les commentaires inscrits aux protocoles, a le caractère d'une enquête. Votre commission croit que, sous cet « aspect, il peut être présenté avec utilité à nos gouvernements respectifs. Ceux-ci y puiseront une connaissance « approfondie de questions restées jusqu'ici dans le vague « des théories abstraites de la science, des usages pratiques « très-divers des armées, ou des sentiments contradictoires « des peuples. De là résultait une incertitude qui aggravait les maux de la guerre pendant sa durée et des récriminations qui, même après la paix, perpétuaient les ressentiments. Les principes humanitaires qui flottaient dans « la conscience publique devaient être précisés dans la mesure de ce qui est possible et pratique, de même que les «droits de la force. Ces droits, qui se sont toujours exercés « et s'exerceront probablement toujours, devaient être définis afin de pouvoir être renfermés dans certaines limites.

« Certes ces définitions ne sont pas le dernier mot de la « civilisation. Disons plutôt qu'elles en sont le premier, dans « l'ordre d'idées qui nous occupe. Elles constatent l'état « présent des choses tel que le passé nous l'a légué. Mais « l'avenir reste ouvert. Le point de départ est posé. La route « est tracée.

« Sous ce rapport, nous croyons que la conférence de « Bruxelles aura rendu un service réel. Elle aura contribué « à inaugurer une ère nouvelle dans les relations internationales, une ère qui, il faut l'espérer, sera celle d'un progrès sérieux[1]. »

S. MIGNERET.

[1] Protocole n° 4 des séances plénières, séance du 26 août.

Digitized by Google

QUESTIONS PRATIQUES

EN MATIÈRE D'ABORDAGE MARITIME.

Par M. Deloynes, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

1. Nous n'avons pas l'intention de publier aujourd'hui une étude complète sur une matière qui soulève, en droit et en fait, des questions d'autant plus délicates, que leur solution exige non-seulement la connaissance des règles du droit privé interne, mais encore celle des principes du droit international, dont il est constamment nécessaire de faire l'application. Notre but est plus modeste : nous voulons seulement examiner quelques-unes des questions sur lesquelles la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer dans ces dernières années. Cette discussion nous a paru d'autant plus intéressante que les relations maritimes entre les nations se développent chaque jour et que nous voyons croître en même temps le nombre de ces déplorables accidents que la prudence humaine est impuissante à prévenir et dont trop souvent nous ignorons les causes véritables.

§ 1.

2. L'abordage, qui occasionne la perte d'un navire, peut être le résultat d'un événement de force majeure, d'un cas fortuit, ou la conséquence d'une faute imputable soit au capitaine du navire abordé, soit au capitaine du navire abordeur, soit à un tiers. Nous laisserons complétement de côté le cas où le sinistre est imputable au capitaine du navire abordé; car il ne peut soulever au point de vue juridique aucune contestation sérieuse ; nous nous renfermerons donc dans l'examen des autres hypothèses que nous venons d'indiquer.

3. Lorsque l'abordage est fortuit, lorsqu'il est le résultat d'un événement de force majeure, la situation respective des parties intéressées est facile à déterminer. Le propriétaire du navire naufragé, à la suite de cet accident, ne peut exercer aucun recours contre le propriétaire du navire abordeur. Celui-ci, en effet, ne saurait à aucun titre être responsable d'un événement qui ne lui est pas imputé. Mais si le propriétaire victime de l'abordage, a pris la sage précaution de faire assurer son navire, il aura une action contre l'assureur. L'objet de sa demande variera suivant l'exercice qu'il fera du droit

Digitized by Google

d'option à lui conféré par le législateur (art. 409 C. com.). Opte-t-il pour le délaissement dans les cas où la loi l'autorise, par exemple, dans le cas de naufrage (art. 369 C. com.) : il peut exiger de l'assureur le montant intégral de la police d'assurance, pourvu d'ailleurs qu'il satisfasse aux conditions imposées par notre Code de commerce, et notamment qu'il fasse connaître sa volonté à cet égard dans le délai fixé par l'article 373 du Code de commerce. Exerce-t-il au contraire l'action d'avaries : il obtiendra une indemnité réglée conformément à l'article 371 du Code de commerce; le dommage se répartit alors entre l'assureur et l'assuré dans la proportion de leurs intérêts respectifs. Cette règle ne peut donner naissance, dans la pratique, à aucune difficulté. Si l'on suppose, par exemple, que sur un chargement de 60,000 francs, il ait été contracté des assurances pour une somme de 30,000 francs et qu'il survienne des avaries pour 24,000 francs, l'assureur supportera la moitié de la perte, et l'autre moitié restera à la charge de l'assuré.

Dans aucun cas, que l'assuré opte pour le délaissement ou qu'il exerce l'action d'avaries, l'assureur n'a de recours ni de son chef ni du chef de l'assuré contre le propriétaire du navire abordeur; car il s'agit d'un événement de force majeure dont nul ne saurait être responsable.

4. Les rapports des parties intéressées ne sont pas aussi simples, lorsque l'abordage, qui a causé la perte du navire, est le résultat de la faute d'un tiers. Supposons par exemple, pour donner plus de précision à nos solutions, qu'on reproche au capitaine du navire abordeur une négligence ou une faute intentionnelle. En prenant cet exemple, nous voulons écarter les difficultés qui se présentent lorsque le navire est placé sous la direction d'un pilote. Les auteurs français et la jurisprudence de nos tribunaux admettent en principe que l'armateur et le capitaine sont responsables des accidents qui peuvent alors se produire, sauf à limiter par l'appréciation des circonstances l'étendue de cette responsabilité (Toussaint, *Code maritime des armateurs*, p. 558; Caumont, *Dictionnaire de droit maritime*, v° ARMATEUR, n° 65, et v° PILOTE, n° 38; Bédarride, *Du commerce maritime*, 2e édit, t. Ier, n° 281; Beaussaut, *Code maritime*, t. Ier, p. 383 et 384; Sibille, *Jurisprudence et doctrine en matière d'abordage*, p. 280, n° 328; Dalloz, *Répert.*,

Digitized by Google

v° DROIT MARITIME, n° 509, et v° ORGANISATION MARITIME, n° 461; Rennes, 3 août 1832, *Genevois*, Sir., 1832, II, 547; trib. de com. de Rouen, 20 février 1874, *Toublanc*, Sir., 1874, II, 90; Cons. d'État, 15 janvier 1875, *Johannesen et Alibert*, Sir., 1876, II, 278, et les autres monuments de jurisprudence cités dans les observations présentées par l'administration au Conseil d'État à l'occasion de cette affaire. — Compt. toutefois Trib. de com. de Marseille, indiqué par Sibille, *loc. cit.*). — En Angleterre, la doctrine contraire semble triompher devant les tribunaux et les propriétaires d'un navire échappent à toute responsabilité, alors même que l'abordage a été causé par une faute du bâtiment, s'ils démontrent que la collision a été le résultat de la négligence du pilote qu'ils étaient obligés d'employer (haute Cour, 3 février 1876, *The Juno*. Voir l'excellent *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* de M. Édouard Clunet, année 1876, p. 275).

Revenons maintenant à l'hypothèse où l'abordage résulte d'une faute du capitaine du navire abordeur. Le propriétaire du bâtiment naufragé est alors investi de deux actions.

Il peut d'abord réclamer des dommages-intérêts contre l'auteur de l'abordage en vertu de l'article 1382 du Code civil. Il obtiendra ainsi la juste réparation de tout le préjudice causé. Mais il devra justifier non-seulement de l'existence et de la quotité du dommage qu'il allègue, mais encore de la faute commise par le capitaine du navire abordeur. Cette double preuve est soumise aux principes du droit commun, et elle pourra se faire même par témoins, aux termes de l'article 1348 de notre Code civil. L'appréciation des éléments constitutifs de la faute est abandonnée d'une manière absolue à la conscience des magistrats; ils auront cependant à tenir compte des règlements édictés pour prévenir les collisions en mer et de tous autres règlements de même nature[1]. Ils devront, en règle

[1] Nous croyons utile de mentionner ici les principaux règlements rendus en cette matière. Ce sont :

Pour la France, un décret du 29 octobre 1862 sur les mesures de précaution à prendre en mer pour éviter les abordages. Dans sa séance du 9 février 1877, le Sénat a été saisi, au nom du ministre de la marine, d'un projet de loi ayant pour objet de prévenir les accidents et les collisions en mer. (V. dans le *Journal officiel* du 20 février 1877, p. 1277 et 1278, le texte du projet de loi et l'exposé des motifs qui l'accompagne.)

Pour l'Angleterre, l'acte sur la marine marchande de 1862, suivi d'un

Digitized by Google

générale, considérer comme étant en faute celui qui y aura contrevenu. Quelques exemples empruntés à la jurisprudence montreront avec quelle juste sévérité les juges apprécient les faits qui leur sont déférés, et avec quelle équité ils statuent sur les réclamations qui leur sont soumises. Ainsi, on a vu une faute dans le fait d'un capitaine de navire à vapeur, qui, apercevant un navire à voiles à une distance de deux à trois milles en mer et ne pouvant se rendre compte de la marche suivie par ce voilier, ne ralentit pas sa vitesse. On a refusé de prendre en considération cette circonstance que les feux du navire à voiles n'étaient pas visibles. Le juge constate bien que le capitaine du navire à voiles a commis une faute en n'observant pas les règlements pour la disposition de ses feux; mais il décide que la faute commise par le capitaine du navire à vapeur doit être considérée comme la seule cause de l'accident (Angleterre, Conseil privé, 24 avril 1873, *le Bougainville;* JOURN. DU DR. INTERNAT. PRIVÉ, année 1874, p. 198). Dans une autre espèce, la même juridiction pose en principe que la seule inobservation des règles prescrites pour prévenir les collisions en mer constitue une faute (Angleterre, Conseil privé, 4-5 décembre 1874, *The Hibernia;* JOURN. DU DR. INTERNAT. PRIVÉ, année 1876, p. 32). Ce n'est, au surplus, que l'application littérale de la règle consacrée par la section 17 de l'acte sur la marine marchande de 1873. La jurisprudence du tribunal de commerce d'Anvers est conforme à celle des juridictions anglaises. Aussi a-t-il décidé qu'en

ordre du conseil du 9 janvier 1863, et l'acte sur la marine marchande de 1873.

Pour la Belgique, un arrêté royal de 1863.

Pour l'Allemagne, la loi du 23 décembre 1871, exécutoire depuis le 1er janvier 1872. Une commission instituée à Berlin et appelée à donner au gouvernement son avis sur les prescriptions à établir pour éviter, autant que possible, les rencontres des navires en mer, a commencé ses délibérations le 15 janvier 1877 (*Journal officiel* du 22 janvier 1877, p. 490).

En Russie, une commission a été nommée en 1874 par ukase du czar pour étudier la question des avaries et des accidents en mer. Nous ignorons quel est l'état de ses travaux.

Toutes les nations maritimes devraient, obéissant à une même pensée d'humanité, s'entendre pour prescrire à cet égard des règles uniformes. Ce règlement international ne pourra être utilement préparé que par une commission dans laquelle tous les peuples maritimes seraient représentés. M. l'amiral Jaurès proposait la réunion d'une conférence dans ce but dans un rapport qu'il fit au nom d'une commission de l'assemblée nationale (*Journal officiel*, 6 juillet 1874).

Digitized by Google

cas d'abordage entre un navire à voiles et un steamer qui suivent des routes opposées, le steamer est présumé en faute (trib. de com. d'Anvers, 23 février 1875, *Batelier Von Ooyen;* JOURN. DU DR. INTERNAT. PRIVÉ, année 1875, p. 293). — Le même tribunal a encore admis que le navire en marche, qui aborde un navire à l'ancre, éclairé par les feux réglementaires, doit être présumé en faute (trib. de com. d'Anvers, 20 juin 1876, *Verschueren;* JOURN. DU DR. INTERNAT. PRIVÉ, année 1876, p. 466). De même, si le navire abordant a été poussé sur le bâtiment abordé par un troisième navire, c'est contre le capitaine et le propriétaire de ce dernier que l'action en dommages-intérêts peut et doit être dirigée (trib. de com. d'Anvers, 1er avril 1876, *Banourich;* JOURN. DU DR. INTERNAT. PRIVÉ, année 1875, p. 293).

J'ai dit que la preuve de la faute imputable au capitaine du navire abordeur est une condition indispensable du recours que l'on veut exercer; mais je me suis empressé d'ajouter qu'elle n'est exigée que dans le cas où l'on poursuivit la réparation intégrale du préjudice souffert. S'il ne s'agit que d'une réparation partielle, ou, plus exactement, du partage du dommage, la loi se montre beaucoup moins exigeante. Il suffit qu'on ignore si l'abordage est le résultat d'un cas fortuit ou d'une faute, il suffit même, d'après la jurisprudence, qu'on ne sache à qui imputer la faute alléguée, pour que la perte se répartisse par moitié entre les deux intéressés, par application du troisième alinéa de l'article 407 du Code de com. (*sic.* Civ. cass., 30 juin 1875, *Bazily et Valieri*, Sir., 1875, I, 457, avec les remarquables observations de M. le conseiller Massé).

Lorsque l'abordage résulte d'une faute imputable au capitaine du navire abordeur et que l'existence de cette faute est démontrée, le propriétaire du navire naufragé n'a pas seulement une action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'accident; il peut, en outre, si son navire est assuré, s'adresser à l'assureur, le poursuivre par l'action d'avaries, ou, s'il le préfère, lui consentir le délaissement en exigeant le payement de la somme portée dans la police d'assurance. Ce droit ne saurait lui être contesté; car nous nous trouvons dans l'hypothèse d'un naufrage, une de celles où l'article 369 du Code de commerce autorise le délaissement, puisque nous supposons qu'il y a eu naufrage.

5. L'exercice de l'une de ces voies de recours épuise le

Digitized by Google

droit d'option conféré au propriétaire du navire abordé. A-t-il poursuivi l'auteur de l'abordage, obtenu condamnation contre lui et reçu le payement de l'indemnité, que lui a allouée la justice, il ne peut plus agir contre l'assureur; car le contrat d'assurance maritime a pour but d'indemniser l'assuré des pertes et des dommages qu'éprouveront sur mer des objets exposés aux dangers de la navigation; une fois le préjudice réparé, l'assuré ne peut plus donc formuler aucune réclamation contre l'assureur, et tel est le cas que nous avons supposé. L'assuré a-t-il au contraire délaissé le navire naufragé, poursuivi l'assureur et reçu de celui-ci le montant intégral de la police d'assurance, il n'a plus le droit d'agir contre l'auteur du dommage; car en optant pour le délaissement, il a aliéné l'action née à son profit de l'article 1382 du Code civil. Qu'est-ce en effet que le délaissement? C'est l'abandon consenti par l'assuré à l'assureur non-seulement de ce qui subsiste des effets assurés, mais encore de tous les droits qui lui compètent relativement à ces objets. Or, parmi ces droits figure l'action par laquelle il peut obtenir de l'auteur de l'abordage la réparation du préjudice. Donc, cette action est, à partir du délaissement, transférée à l'assureur et l'assuré ne peut plus l'exercer, puisqu'elle ne lui appartient plus. Les mêmes principes s'appliquent au cas où l'assuré aurait opté pour l'action d'avaries; il est donc inutile de prévoir d'une manière spéciale cette hypothèse.

6. Après avoir ainsi déterminé les droits du propriétaire du navire naufragé, nous devons nous préoccuper de ceux de l'assureur. Nous ne le ferons, parce que c'est l'hypothèse la plus simple, que pour le cas où l'assuré ayant usé de la faculté d'option que nous lui avons reconnue, a consenti le délaissement, poursuivi l'assureur et transmis à celui-ci tous ses droits et actions relativement aux objets assurés et délaissés. L'assureur ayant désintéressé l'assuré et lui ayant payé la somme portée dans la police d'assurance, est investi d'un recours contre celui par la faute duquel le navire a péri. Sur ce premier point, il n'y a aucun doute possible.

7. Mais une difficulté sérieuse surgit quand on recherche le fondement de l'action de l'assureur. Peut-il poursuivre l'auteur responsable de l'abordage, de son propre chef, en vertu d'un droit né directement en sa personne, ou, au contraire, ne peut-il agir contre lui que du chef de l'assuré, en

Digitized by Google

vertu d'un droit né dans la personne de celui-ci et qui lui aurait été transmis par l'effet du délaissement?

Telle est la délicate question qui se présente à notre étude; elle offre dans la pratique un intérêt considérable au point de vue des moyens de défense, dont l'auteur de l'abordage peut se prévaloir contre l'assureur. Sans insister à cet égard, nous nous bornerons à signaler, dans le cours de cette dissertation, l'une des conséquences de l'opinion que l'on adopte sur ce point en traitant la question de compétence.

8. Nous croyons utile, avant de poser les éléments de cette controverse et de justifier notre solution, d'indiquer l'état de la jurisprudence.

La Cour d'appel d'Aix, appelée à se prononcer à cet égard, a décidé, par un arrêt du 30 décembre 1869 (compagnie d'assurances *l'Industrie française;* Sirey, 1872, I, 323), que l'assureur n'a pas d'action directe contre l'auteur de l'abordage et qu'il ne peut le poursuivre que du chef de l'assuré comme ayant succédé aux droits de ce dernier. Cette investiture des actions de l'assuré, propriétaire du navire naufragé, résulte-t-elle au profit de l'assureur d'une subrogation soit légale, soit conventionnelle, ou bien est-elle la conséquence de la transmission qui s'opère par l'effet du délaissement? La Cour d'appel ne résout pas expressément cette nouvelle question, et les termes de son arrêt se prêtent également à cette double interprétation.

D'une part, en effet, nous relevons dans cette décision les considérants qui suivent :

« Attendu que l'action des assureurs a pour cause un « dommage causé à un navire qu'ils auraient assuré, et que « cette action dérive du délaissement qui leur avait été fait « par le propriétaire anglais de ce navire;

« Attendu que le délaissement n'est autre chose que le *trans-* « *port* fait à l'assuré par l'assureur des droits qu'il avait sur la « chose assurée; qu'ainsi les assureurs français ont été sub- « stitués au propriétaire anglais par l'effet de ce délaisse- « ment, qu'ils exercent les droits de ces derniers envers « l'auteur du dommage et qu'ils ne sont pas ses créanciers « directs et immédiats. »

Il est facile de déduire de ces affirmations la théorie que paraît vouloir consacrer la Cour d'appel; elle parle de transport, de transfert de la propriété et des droits relatifs aux

Digitized by Google

choses assurées; il semble logique d'en conclure qu'à ses yeux, l'assureur puise ses droits dans la cession d'une nature particulière que renferme le délaissement.

Plus loin, au contraire, les termes de l'arrêt se modifient et la Cour semble préférer l'idée de subrogation, si toutefois elle emploie cette expression dans son sens spécial et technique. Elle dit en effet :

« Attendu que, si Émérigon enseigne que le délaissement « a un effet rétroactif vis-à-vis des assureurs, cette doctrine « ne peut être entendue qu'en ce sens que l'assureur est *su-* « *brogé* à tous les droits de l'assuré, même à ceux antérieurs « au délaissement, pourvu qu'ils soient un accessoire de la « propriété transférée, mais que les droits des tiers ne sau- « raient être modifiés, altérés ou compromis par cette fiction. »

Saisie du pouvoi dirigé contre cet arrêt de la Cour d'appel d'Aix, la Cour de cassation s'est prononcée dans un sens différent, et par arrêt du 12 août 1872 (Civ. cass., 12 août 1872; Sirey, 1872, I, 323), rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Charrins, elle a décidé que l'assureur est personnellement investi d'une action directe contre l'auteur de l'abordage; celui-ci lui a, par son fait, causé un préjudice, en la mettant dans l'obligation de payer le montant de la police d'assurance; il lui en doit réparation, d'après l'article 1382 du Code civil. La Cour suprême n'a pas eu à se prononcer sur le fondement de l'action indirecte que l'assureur peut exercer du chef de l'assuré.

9. Nous devons maintenant discuter le mérite respectif des opinions que nous venons de rapporter. Nous pensons que l'assureur a contre l'auteur de l'abordage une double action; il peut agir du chef de l'assuré, comme ayant succédé, par l'effet du dessaisissement et de la transmission qu'il opère, à tous les droits qui appartenaient à celui-ci, relativement aux choses assurées; il peut aussi le poursuivre de son propre chef en vertu de l'article 1382 du Code civil; mais il ne peut jamais l'actionner en qualité de subrogé aux droits et actions de l'assuré. Telle est l'opinion qui nous paraît seule juridique et dont nous allons démontrer la vérité en examinant chacune des parties de notre triple affirmation.

10. Nous disons, en premier lieu, que l'assureur n'est jamais subrogé aux droits de l'assuré. Cette proposition est conforme à la doctrine consacrée par la jurisprudence fran-

Digitized by Google

çaise en matière d'assurances terrestres; elle décide en effet, d'une manière constante, que la compagnie d'assurances, qui paye, en vertu de son contrat, la valeur d'un édifice incendié, n'est pas subrogée de plein droit à l'action du propriétaire contre son locataire ou fermier (Civ. cass., 24 novembre 1845, *compagnie du Phénix;* Sirey, 1841, I, 271; Bordeaux, 26 novembre 1845, *compagnie d'assurances;* Sirey, 1846, II, 326). Les auteurs ont généralement adopté cette solution et l'ont justifiée par des motifs qui, à nos yeux, sont décisifs (Troplong, *Du louage*, t. Ier, n° 393; Duvergier, *Du contrat de louage*, n° 418; Goujet et Merger, *Dictionnaire de droit commercial*, 2e édit., v° ASSURANCES TERRESTRES, nos 176 et suivants; Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. II, nos 595 *quater* et *quinquies;* Pouget, *Dictionnaire des assurances terrestres*, v° SUBROGATION, nos 2 et 7; Grun et Joliat, *Traité des assurances terrestres*, n° 294 et suivants; E. Persil, *Traité des assurances terrestres*, n° 201; Duranton, *Cours de droit français*, t. XII, n° 181; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, n° 103). Depuis les arrêts que nous avons cités, en présence du nombre imposant de jurisconsultes qui lui donnant l'appui de leur autorité, cette doctrine n'est guère contestée[1]. Les compagnies d'assurances sauvegardent leurs intérêts en insérant dans leurs polices une clause spéciale aux termes de laquelle le propriétaire assuré leur cède éventuellement l'action en responsabilité que les articles 1733 et 1734 du Code civil lui accordent contre son locataire ou fermier. (Comp. toutefois en faveur de l'idée de subrogation : Boudousquié, *Traité des assurances contre l'incendie*, n° 330; Vincens, *Législation commerciale*, t. III, n° 303; Cauvet, *Traité sur les assurances maritimes*, nos 189 et suivants; Demolombe, *Cours de droit civil*, t. XXVII, nos 595 et suiv.[2].)

[1] Cependant la Cour d'appel de Rennes a, par décret du 26 janvier 1876, décidé que l'assureur contre l'incendie peut être considéré comme subrogé tacitement et par le seul effet du payement aux droits du propriétaire assuré contre ses locataires (art. 1733 et 1734 C. civ.). Le pourvoir dirigé contre cet arrêt a été admis par la chambre des requêtes de la Cour de cassation dans son audience du 6 juin dernier (*le Droit*, 7 juin 1877).

[2] En Belgique, l'assureur est subrogé de plein droit aux droits et actions de l'assuré contre les tiers, en vertu de l'article 22 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances. (*Annuaire de législation étrangère*, 4me année, 1875, p. 420 et suiv.)

La Cour suprême d'Autriche accorde à l'assureur une sorte d'action de ges-

Digitized by Google

Les considérations juridiques qui ont déterminé la jurisprudence et la majorité des auteurs à adopter cette solution en matière d'assurances terrestres nous paraissent s'appliquer avec la même puissance aux assurances maritimes et nous déterminent à suivre, en ce qui les concerne, la même théorie. Il nous faut en fournir la démonstration.

11. On sait qu'aux termes de l'article 1249 du Code civil la subrogation est tantôt légale, tantôt conventionnelle. Pour examiner d'une manière complète la question que nous avons posée, il est donc nécessaire de rechercher si l'assureur peut être subrogé aux droits de l'assuré soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention des parties.

12. Nous pensons d'abord que l'assureur n'est pas subrogé en vertu de la loi aux droits et actions de l'assuré. En effet, il ne peut y avoir de subrogation légale sans un texte formel. Or, il n'existe dans nos Codes aucun texte qui subroge l'assureur à l'assuré; donc l'assureur n'est pas subrogé de plein droit.

Nous avons affirmé qu'aucun texte ne subroge l'assureur aux droits de l'assuré, nous devons en administrer la preuve. Cette obligation ne nous paraît pas difficile à remplir.

En effet, nous ne rencontrons, dans notre Code de commerce, aucune disposition à cet égard. L'article 385, qui détermine les effets du délaissement, décide, il est vrai, que les objets assurés deviennent immédiatement la propriété de l'assureur. Il s'opère donc, au profit de celui-ci, une transmission de propriété, un transfert de tous les droits et actions qui pouvaient appartenir à l'assuré, relativement aux choses comprises dans l'assurance et dans le délaissement. Mais la loi ne parle pas de subrogation, et son silence nous prouve que l'assureur n'est pas subrogé de plein droit aux droits et actions de l'assuré en vertu du Code de commerce.

Le texte que nous cherchons, le trouverons-nous dans notre Code civil? On l'a prétendu, et l'on a invoqué en faveur de cette opinion l'article 1251, n° 3, du Code civil. Aux termes de cette disposition, « la subrogation a lieu de plein droit... au profit de celui qui, étant tenu avec ou pour d'autres au paye-

tion d'affaires contre l'auteur du dommage (*Journal du droit international privé*, année 1876, p. 45 et 46).

Comp. Mourlon, *Traité des subrogations personnelles*, p. 229. Cet auteur permet à l'assureur, qui a payé, de poursuivre l'auteur du sinistre par une action *negotiorum gestorum*.

Digitized by Google

ment de la dette, aurait intérêt de l'acquitter ». Voyons donc si cet article s'applique à l'assureur qui paye à l'assuré le montant de la police d'assurance d'un navire naufragé par le fait ou la faute du capitaine du navire abordeur.

Peut-on, en premier lieu, considérer l'assureur comme tenu avec l'auteur du dommage au payement de l'indemnité due à la victime de l'abordage? Non, évidemment; car être tenu avec un autre, c'est être tenu d'une dette qui doit être supportée en partie par celui qui fait le payement, et en partie par une autre personne, de telle sorte que l'un et l'autre doivent y contribuer pour leur part et portion. Telle est, en général, la condition des codébiteurs solidaires (art. 1214 C. civ.). L'assureur n'est certainement pas dans cette situation; car nos adversaires eux-mêmes sont forcés de reconnaître qu'après avoir payé, il pourra exercer un recours pour le tout contre l'auteur du dommage et que la dette qu'il acquitte ne doit en aucune manière rester à sa charge. Il n'est donc pas obligé de contribuer à son payement, donc n'est pas tenu avec un autre et, par conséquent on ne peut, à ce premier point de vue, lui appliquer l'article 1251, n° 3.

Peut-on dire, en second lieu, qu'il est tenu pour un autre? Non, encore; car être tenu pour un autre, c'est être obligé de payer une dette qui doit être supportée en définitive par une autre personne : c'est ce qui se présente pour la caution, pour les codébiteurs solidaires de celui que l'obligation concerne d'une manière exclusive (art. 1216 C. civ.), pour le tiers détenteur d'immeubles hypothéqués à la sûreté de la dette. Ces personnes sont incontestablement tenues pour une autre; en payant, elles acquittent la dette d'autrui et ont un recours pour le tout contre celui dont elles ont rempli l'engagement. Il n'en est pas de même de l'assureur qui indemnise l'assuré du préjudice souffert, ou qui lui paye le montant de la police d'assurance; car, en effectuant ce payement, il exécute son obligation, il acquitte sa dette personnelle, non pas la dette d'autrui. Donc il n'est pas tenu pour un autre; et, par conséquent, il ne peut pas se prévaloir de la disposition de l'article 1251, n° 3. du Code civil.

Cette argumentation est, selon nous, déterminante; et la solution que nous avons énoncée nous paraît établie sur des bases inébranlables. On insiste cependant et l'on formule contre notre opinion une objection qui sert de fonde-

Digitized by Google

ment à nos adversaires pour défendre leur système. La loi, nous dit-on dans l'article 1251, n° 3, n'exige pour la subrogation légale qu'une seule condition : l'unité de la dette, c'est-à-dire l'identité de la chose due et l'identité du créancier ; or cette condition se trouve réalisée en notre matière, puisqu'il n'existe qu'un seul créancier, l'assuré, et qu'il n'y a qu'une chose due, la réparation du préjudice souffert. De ces prémisses, on conclut que la subrogation doit avoir lieu de plein droit au profit de l'assureur, qui désintéresse l'assuré.

Quelque sérieuse qu'elle soit, cette objection ne nous arrête cependant pas. Nous répondrons d'abord que l'unité de la dette implique nécessairement l'unité de la cause ; la pluralité des causes emporte comme conséquence la pluralité des obligations ; elle est un obstacle insurmontable à l'unité de la dette. Or, si nous envisageons, à la clarté de ces principes, la question dont nous poursuivons la solution, il est certain qu'il y a pluralité des obligations. En effet, l'auteur de l'abordage est tenu, en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit, de réparer le dommage qu'il a occasionné par son fait ou par sa faute : voilà la cause de son obligation. L'assureur, au contraire, est tenu en vertu d'un contrat ; son obligation est une obligation conventionnelle ; il est obligé dans tous les cas ; que la perte du navire soit le résultat d'un accident de force majeure ou la conséquence du fait ou de la faute d'un tiers, peu importe ; il doit toujours payer le montant de l'assurance, du moment où le délaissement lui a été légalement consenti. Sans doute, c'est un seul et même événement qui donne au propriétaire du navire assuré droit d'agir et contre l'assureur et contre l'auteur du dommage. Mais ces deux actions ont une cause différente ; donc, il n'y a pas unité de la dette.

Mais allons plus loin, et examinons, dans chacun de ces éléments, l'argumentation de nos contradicteurs. Si l'identité du créancier est certaine, il n'en est pas de même de l'identité de la chose due. En effet, l'auteur de l'abordage doit la réparation du préjudice causé et la doit tout entière : au contraire, l'assureur, auquel le délaissement a été consenti dans les conditions déterminées par la loi, doit le montant intégral de la somme portée dans la police d'assurance, mais ne doit rien au delà ; il n'y a donc pas à rechercher si le préjudice est supérieur au chiffre de l'assurance ; alors même

Digitized by Google

qu'il en serait ainsi, la dette de l'assureur n'en serait pas moins fixée, dès le moment du contrat, d'une manière invariable; ce qu'il doit, ce n'est et ce ne peut être que la somme stipulée dans la police. Il peut donc y avoir une différence entre la dette de l'assureur et celle dont est tenu l'auteur de l'abordage. Par conséquent, il n'y a pas identité de la chose due et il ne saurait être question de subrogation légale dans les termes de l'article 1251, n° 3, du Code civil.

M. Demolombe, qui défend l'opinion contraire avec l'énergie d'une profonde conviction présente un nouvel argument, que nous allons reproduire textuellement pour qu'on ne puisse pas nous accuser d'en affaiblir la puissance. Il dit (t. XXVII, n° 598-2°, p. 534) : « C'est que, en effet, il existe, entre le contrat d'assurance et le cautionnement, une grande affinité. Supposez un cautionnement donné à l'insu du débiteur, à titre onéreux, et par lequel la caution a renoncé au bénéfice de discussion. Où sera la différence entre le contrat de cautionnement et le contrat d'assurance ? » Et de cette analogie, de cette affinité, pour employer ses propres expressions, l'éminent doyen de la Faculté de droit de Caen conclut que l'assureur, comme la caution, est tenu pour un autre et qu'il est, comme celle-ci, subrogé légalement aux droits et actions du créancier qu'il désintéresse. Mais ce raisonnement, si on le généralisait, ne tendrait à rien de moins qu'à rapprocher tous les contrats, à les confondre et à détruire leurs caractères distinctifs. Modifié par ces diverses clauses, le cautionnement changerait de nature; malgré les termes employés par les parties, leur convention cesserait d'être un contrat de bienfaisance, et, par suite, un contrat de cautionnement; elle dégénérerait en un échange de services, puisque le prix stipulé serait l'équivalent exact du risque couru; elle deviendrait un contrat à titre onéreux et aléatoire, un contrat d'assurance en un mot, et c'est par les règles de ce contrat et non par celles du cautionnement qu'elle serait régie.

Voyez du reste à quelles conséquences conduirait une doctrine qui scinde ainsi le contrat intervenu entre les parties. Sa nature resterait incertaine jusqu'à l'accomplissement de l'événement auquel est subordonnée l'obligation de l'assureur. Elle le décompose, en effet, d'une part, et pour le cas où le navire périt par la faute d'un tiers, en un cautionne-

Digitized by Google

ment éventuel d'une dette incertaine, dont le débiteur principal n'est pas et ne peut être actuellement déterminé; d'autre part, et pour le cas où le navire viendrait à périr par une fortune de mer, en une obligation principale et personnelle pour l'assureur de payer le montant de la police, si le délaissement lui est régulièrement consenti. Une semblable interprétation n'est-elle pas en opposition manifeste avec l'intention des parties contractantes? Est-il, en effet, vraisemblable qu'elles aient eu la pensée de laisser planer une incertitude plus ou moins prolongée sur la nature de leur contrat? Peut-on admettre que l'assureur ait eu la volonté de cautionner une personne qu'il ne connaît pas, alors surtout que le cautionnement se rattache à la catégorie des contrats de bienfaisance et qu'il est généralement consenti *intuitu personæ debitoris?* Nous ne le croyons pas : un pareil contrat n'est pas un cautionnement, c'est un contrat d'assurance; il existe entre ces deux contrats de trop grandes différences pour les confondre et les soumettre aux mêmes règles. Nous ne voulons pas du reste insister plus longuement; nous nous contenterons d'une dernière et très-courte observation. La caution intervient ordinairement dans l'intérêt du débiteur principal; c'est pourquoi on l'autorise, après avoir payé, à recourir contre celui-ci par l'action de gestion d'affaires, lorsqu'elle s'est engagée à son insu. Au contraire l'assureur traite dans son propre intérêt, il fait une convention aléatoire, mais il nous semble impossible, quoi qu'on dise, de décider qu'il est intervenu éventuellement dans l'intérêt de l'auteur de l'abordage qu'il ne connaît pas et qu'il ne peut pas connaître, au moment de la perfection du contrat; nous ne pouvons donc pas admettre qu'il ait entendu faire l'affaire de celui-ci ni lui accorder une action fondée sur une gestion d'affaires qui ne peut se concevoir. C'est cependant à la conséquence contraire que nous conduirait fatalement l'argumentation à laquelle nous répondons; cela suffit pour nous faire repousser l'assimilation qui sert de base à nos adversaires.

Concluons donc que l'assureur n'est pas subrogé de plein droit aux droits et actions de l'assuré contre l'auteur de l'abordage, parce que cette subrogation n'appuie sur aucun texte, ni du Code civil, ni du Code de commerce.

13. Non-seulement il ne s'opère pas de subrogation légale

Digitized by Google

au profit de l'assureur, mais encore nous pensons qu'il ne saurait être question d'une subrogation conventionnelle consentie par le créancier, la seule qui puisse se présenter dans les circonstances que nous avons supposées; car cette subrogation ne peut être consentie ni dans la police d'assurance, ni au moment du payement effectué par l'assureur.

Elle ne peut pas être stipulée dans la police d'assurance; car la subrogation conventionnelle, consentie par le créancier, suppose un payement; or, au moment où se contracte l'assurance, l'assureur ne fait aucun payement; donc la première des conditions requises par l'article 1250, n° 1, du Code civil pour la validité de la subrogation n'est pas remplie.

Cette subrogation ne saurait pas davantage avoir lieu au moment où l'assureur désintéresse l'assuré et lui verse le montant de la police; car en payant ainsi, il acquitte sa dette personnelle et non la dette d'autrui, comme nous l'avons déjà démontré en parlant de la subrogation légale; la seconde des conditions requises par l'article 1250, n° 3, du Code civil fait défaut; la subrogation conventionnelle est donc ici encore impossible (trib. de la Seine, 24 juillet 1839: Paris, 19 mars 1840, *Brandt*, Sir., 1840, II, 337).

Nous terminons ainsi cette discussion peut-être trop longue ; l'importance de la question justifiera le développement de nos explications. Nous croyons avoir démontré d'une manière irréfutable la vérité de notre première proposition, et nous répéterons, en terminant, ce que nous disions en abordant ce débat : L'assureur n'est et ne peut être, dans aucun cas, subrogé aux droits et actions qui appartiennent à l'assuré contre l'auteur responsable de l'abordage.

Nous n'oserions pas cependant soutenir que cette solution soit absolument satisfaisante en équité; nous serions au contraire disposé à donner la préférence à la législation belge que nous avons eu l'occasion de citer; mais c'est au législateur seul qu'appartient le droit d'opérer cette réforme; le jurisconsulte doit s'incliner devant le texte de la loi.

DELOYNES.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE DROIT FRANÇAIS PRIVÉ ET PUBLIC.

Par M. A. Moullard, docteur en droit,
professeur de droit et d'économie politique à Amiens[1].

Compte rendu par M. E. Dramard, président du tribunal d'Arbois.

Il y a quelques années l'Académie des sciences morales et politiques eut l'idée d'un concours destiné à provoquer des œuvres sérieuses sur les éléments du droit français. Une association de bienfaisance du quatrième arrondissement de Paris avait sollicité la coopération de cette classe de l'Institut, et mis à sa disposition une somme de 1,500 francs. Elle-même y ajouta 2,500 francs provenant d'un concours resté sans résultat, et enfin le ministre de l'instruction publique, M. J. Simon, affecta au même objet une somme de 1,500 francs, ce qui porta à 5,500 francs l'importance du prix offert pour ce concours, dont le terme fut fixé au 31 décembre 1873. Dix-sept mémoires furent présentés. Un 1er prix de 4,000 francs récompensa celui de M. Jourdan, professeur à la Faculté de droit d'Aix; M. Glasson, professeur suppléant à la Faculté de Paris, obtint un 2e prix de 1,500 francs, et enfin une mention très-honorable fut décernée à M. Moullard, professeur libre à Amiens, pour un travail remarquable, dont le mérite n'est point diminué par les raisons qui l'ont fait placer au troisième rang.

Voici comment avait été formulé le programme :

« *Traité élémentaire de droit français.* — Exposer, avec la clarté nécessaire pour être facilement compris par tous, les règles fondamentales du droit français; montrer les rapports de ce droit avec les principes de la morale et avec l'utilité générale; insister sur ce qui intéresse la famille, la propriété, le travail, la foi des contrats, ainsi que sur l'obéissance due aux lois et aux pouvoirs institués pour garantir à la société et à chacun de ses membres la sécurité et la liberté. »

[1] Mention très-honorable de l'Académie des sciences morales et politiques. 1 vol. in-8°, Paris, Guillaumin, 1876.

Digitized by Google

Nous avons lu avec un vif plaisir le livre de M. Moullard, et il nous a paru d'une clarté d'exposition, d'une méthode dans l'ordre du plan, d'une limpidité de style tout à fait dignes d'éloges.

En ne lui accordant qu'une mention très-honorable, l'Académie des sciences morales a estimé, sans doute, que l'auteur n'avait pas satisfait, autant que ses concurrents, à une condition essentielle du programme, celle d'être intelligible pour tout le monde. Lui-même semble l'avoir aussi compris, car son mémoire est devenu depuis un savant traité, qui sera mieux placé entre les mains d'un bachelier ès lettres, dont l'esprit s'est plié aux abstractions dans sa dernière année de philosophie, voire même des licenciés en droit, désireux de repasser l'ensemble de l'enseignement avant d'aborder les études plus approfondies du doctorat, qu'il ne le serait entre celles de la grande majorité de ceux qui sont mal préparés par une instruction souvent élémentaire à l'initiation d'une science spéculative.

Les conclusions du rapporteur du concours, M. Massé, confirment notre appréciation. « L'auteur est un savant : non-seulement il sait très-bien le droit, mais les sciences exactes lui paraissent familières. Peut-être est-ce à cela qu'il faut attribuer la forme un peu abstraite de son travail ? Il a adopté un plan qui embrasse dans une vaste synthèse l'exposition méthodique de la manière dont les droits de toute nature qui peuvent compéter à une personne s'acquièrent, se conservent, s'exercent et se perdent; en sorte que l'auteur s'est proposé bien plutôt un traité des *droits* résultant de l'ensemble des règles qui constituent le *droit*, qu'un traité *du droit*, c'est-à-dire une exposition de ces règles... En résumé le mémoire n'expose pas avec la clarté nécessaire, pour être compris par tous, les règles fondamentales du droit français; ni par le fond, ni par la forme, il ne remplit les conditions principales du programme; il ne pouvait donc obtenir le prix. Néanmoins, c'est une œuvre considérable; s'il n'a pas les qualités demandées, il en a cependant qui, pour être d'une autre nature, n'en sont pas moins réelles. »

Ces éloges du rapport, et ceux que nous omettons de transcrire, ont dû consoler parfaitement M. Moullard ; peut-être même en a-t-il pris trop vite son parti, car au lieu de modi-

Digitized by Google

fier son travail dans le sens qui lui était indiqué, il semble avoir, en le publiant, poursuivi un but différent et recherché des lecteurs d'un autre ordre que ceux auxquels il voulait d'abord s'adresser. Ce n'est pas toutefois qu'il ait, dans son exposition des principes fondamentaux du droit, négligé le côté pratique, loin de là : il sait mettre le droit en action de façon à mieux saisir l'esprit de ses disciples. Sous ce rapport son livre ne nous paraît laisser rien à désirer, n'était que l'attention est trop souvent éloignée des applications usuelles par les spéculations du moraliste et du philosophe.

Il n'a en effet omis aucun des grands problèmes législatifs de notre droit public et privé dont la solution continue à diviser les théoriciens, et qui depuis plusieurs années surtout font l'objet de propositions de lois dont deux ou trois ont déjà été favorablement accueillies. Le divorce, la recherche de la paternité, le droit de successibilité du conjoint survivant, la liberté de tester, l'hypothèque maritime, la liberté de l'enseignement supérieur, sur tous ces points, et d'autres encore, l'auteur expose très-brièvement les données de la question et émet un avis toujours marqué au coin d'une grande prudence. En général il est peu favorable aux innovations ; il pense que les progrès des sciences sociale et économique réalisés depuis la confection du Code n'ont pas porté une atteinte sérieuse à la sagesse de sa rédaction, que l'étude dont il est sans cesse l'objet ne fait que confirmer la sûreté de ses principes, et que, pour ce qui est de certains besoins nouveaux d'une société qui va sans cesse en se modifiant, c'est à la jurisprudence seule qu'il appartient, en les constatant, de leur appliquer les solutions qui découlent de ces principes avec lesquels ces besoins ne se rencontrent en opposition que dans des cas trop exceptionnels et trop rares pour justifier une modification à la loi.

Sans doute cette loi n'est pas parfaite. « La législation positive est une œuvre humaine ; quoi de plus évident et de plus fatal dès lors que son imperfection? La seule conclusion à en tirer, c'est qu'il faut la rendre meilleure : meilleure dans ses formules qui sont les lois à appliquer ; meilleure dans ses institutions qui sont des machines d'application. Mais prenons garde. Détruire n'est pas améliorer. Il règne une maladie qui a atteint beaucoup d'esprits généreux d'ailleurs : ils accusent

Digitized by Google

nos lois et nos institutions de causer les misères dont nous sommes les témoins attristés et demandent qu'on fasse table rase de la législation existante pour la remplacer par la loi naturelle.

« ... Nos lois et nos institutions ne se sont pas formées en un jour. Qui croira donc que ce grand ensemble, dont j'ai essayé dans ce traité de montrer les détails harmonieusement combinés et enchaînés, soit une œuvre de hasard et d'arbitraire?... Le Code civil, la plus complète de nos lois d'ensemble, est le fruit lentement cultivé et lentement mûri de longs siècles de recherches et de pratique. Ainsi respectons-le : respectons nos lois comme nous conservons et comme nous aimons l'outillage de notre industrie nationale. Est-ce que personne s'avise de vouloir qu'on jette au rebut ces machines, ces outils, ces instruments, ces procédés, ces recettes sans nombre qui nous sont nécessaires dans la production économique, sous prétexte qu'on peut faire un matériel plus parfait? Non. A chaque jour sa peine : on modifie et l'on remplace peu à peu ce qui est moins bon par ce qu'on a trouvé de plus parfait. Faisons de même dans l'œuvre de la production juridique. Nos grands Codes ont commencé avec le siècle une sorte de récolte de tout notre passé législatif: ils sont un point de départ. Nous devons les réformer au fur et à mesure que nous trouvons mieux ; nous devons chercher ce mieux, qui ne se trouve pas d'emblée, en une heure d'inspiration, dans le génie de quelque homme merveilleux. Il ne faut donc pas mépriser et violer la loi telle qu'elle est, sous prétexte qu'on en peut trouver une meilleure. Si imparfaite qu'elle puisse être, elle vaut mieux qu'une innovation abstraite, elle est un meilleur et plus sûr instrument de justice, à la condition de s'en servir suivant son esprit. »

Après avoir ainsi fait comprendre les tendances scientifiques de l'auteur et montré le but qu'il s'est proposé et qu'il a atteint, nous ne saurions mieux faire, pour indiquer par quels moyens il y est arrivé, que de présenter son plan tel qu'il l'a méthodiquement exposé en tête de son ouvrage, dans un *tableau d'ensemble* et une *table-résumé*.

Le livre Ier contient les notions préliminaires sur la loi et le droit en général, le pouvoir social, se divisant en pouvoir législatif qui fait les lois, pouvoir judiciaire qui les applique,

Digitized by Google

et pouvoir exécutif qui les fait exécuter. Ce livre est le développement de cette idée qu'une nation a besoin de lois pour faire rendre à chacun ce qui lui est dû. Outre celles de la morale, d'autres règles, que le pouvoir social formule, applique et fait exécuter, sont essentielles : elles donnent des droits qui font l'objet de l'ouvrage.

Dans le livre deuxième, traitant des *personnes*, l'auteur expose que la personne est l'être sujet actif ou passif d'un droit. La loi reconnaît la personnalité de l'homme et la donne à des êtres fictifs. Il examine à ce propos les différentes circonstances qui influent sur la capacité des personnes, telles que la nationalité, le sexe, l'âge, la maladie, les condamnations judiciaires, enfin la parenté qui, pour certains actes, limite les droits des personnes ou seulement leur aptitude, comme dans le mariage, l'ordre politique, ou les détermine comme dans les successions.

Le livre troisième, consacré aux droits, est très-étendu. Le droit y est défini une liberté d'action que la personne a vis-à-vis d'autrui. Première division : Les droits sont réels ou personnels, suivant la sécurité plus ou moins grande qu'a le sujet actif pour obtenir l'*utilité* qu'autrui lui doit, ce qui comprend les créances pures et simples et celles qui sont garanties par un gage ou un droit de rétention, que l'auteur distingue du gage, par un privilége ou une hypothèque. Deuxième division : Le droit est mobilier ou immobilier suivant la nature de son objet. Troisième division : Les droits sont purs et simples ou affectés par des modalités, le terme, la condition, la solidarité, l'indivisibilité. Quatrième division: Les droits sont pécuniaires ou moraux, suivant que leur objet est ou non une *utilité appréciable en argent et faisant partie de notre patrimoine*, tandis que les droits moraux *ont pour but la direction des personnes*. La propriété forme la *première classe;* elle est comme un faisceau dont les autres droits réels sont des démembrements; ses applications sont variées suivant la diversité des objets du travail humain; elle est légitime dans ses diverses applications; elle entraîne le droit de contracter, donc d'acquérir des créances; la valeur dont on est propriétaire sous le nom de capital est de la liberté économisée. Toutefois la propriété n'est pas illimitée. Celle d'un immeuble est restreinte d'un côté par les lois sur les

Digitized by Google

mines, d'autre côté par des servitudes très-nombreuses d'intérêt public ou privé qui en gênent la libre disposition ou l'usage. Les droits moraux ou hors de notre patrimoine composent la *deuxième classe* des droits. En se plaçant au point de vue de leur but, ces droits ont trait à la direction des personnes soit dans la vie privée, c'est-à-dire la famille, soit dans les actes de la vie publique. On appelle libertés publiques les droits ayant pour but la direction individuelle : les droits de famille comprennent les pouvoirs de direction que l'homme peut avoir sur les membres de sa famille, comme ceux de mari, de père, de tuteur. A ce propos, l'auteur expose les principes du contrat civil et des régimes pécuniaires du mariage, la puissance paternelle et tutélaire. Arrivant ensuite aux actes de la vie publique, il passe en revue l'exercice des droits dans la commune, le département et l'État et présente le tableau de notre organisation administrative et des devoirs des particuliers envers la société.

Le livre quatrième traite des faits créateurs et extinctifs des droits : 1° Modes d'acquisition des droits : occupation, invention, accession, contrat et ses variétés, tradition, dernière volonté, délits ou quasi-délits civils, infractions à la loi pénale, volonté sociale manifestée par la loi, les jugements, les actes du pouvoir exécutif. — 2° Modes d'extinction des droits : les principaux dans l'ordre pécuniaire sont : le payement, la novation, la remise, la compensation, etc. Ce livre contient, comme on le voit, une grande partie du livre III du Code civil.

La matière des preuves fait l'objet du livre cinquième. Si en droit naturel on prouve comme on peut, en droit positif le législateur organise la preuve : de là les règles sur l'aveu, le témoignage, l'écrit, le serment et les présomptions, seules preuves qu'il admette. Ces règles générales offrent des applications et des dérogations remarquables dans les actes de l'état civil, la filiation, la possession, etc. La publicité des actes en est un complément en favorisant l'administration des preuves ; les modes en varient suivant qu'il s'agit des actes de l'état civil, des jugements, des listes électorales, des conventions matrimoniales, des brevets d'invention, des actes translatifs de droits immobiliers, des priviléges et hypothè-

Digitized by Google

ques, du gage commercial et des warrants, des cessions de créances, etc.

La loi, pour empêcher que la bonne foi des magistrats ne soit surprise, règle la marche à suivre dans l'ordre privé et dans l'ordre pénal afin d'arriver à la reconnaissance et à l'exécution des droits. Tel est l'objet des procédures dont s'occupe le livre sixième.

Enfin, il était nécessaire de pourvoir à la sanction des droits : ils s'exécutent volontairement ou par la force : tout moyen de contrainte légale est une sanction, privée ou publique, suivant qu'elle appartient aux particuliers ou à la société. Dans le livre septième et dernier sont exposés : les caractères de la sanction, l'exécution des droits en nature ou par un équivalent, les dommages-intérêts, la résolution et la nullité, la sanction pénale.

Telle est la méthode du *Traité de droit français*. On reconnaît dans l'ouvrage de M. Moullard l'influence de trois illustres professeurs de la Faculté de droit de Paris auxquels il aime à rendre un sympathique hommage et dont il a comme fondu l'enseignement dans son livre, de même qu'il « les réunit toujours dans ses souvenirs reconnaissants ». Nous nous associons à des témoignages qui l'honorent autant que ses maîtres, et c'est avec l'émotion de souvenirs qui nous reportent aux années où nous suivions leurs cours si fréquentés que nous retrouvons dans son livre le plan large, la méthode philosophique et rationnelle de M. Oudot, les principes si sûrs de M. Valette, alliés au bon sens, à l'exposition pratique de M. Bugnet. » Quant à moi, dit M. Moullard, qui ai toujours été pour mes maîtres un inconnu, qui n'ai jamais osé les aborder, ni me demander si la familiarité de leur accueil eût vaincu ma timidité, je suis resté fidèle à leurs leçons ; lorsque j'ai eu à enseigner le droit à des élèves différents, j'ai pu constater la solidité de leur enseignement, et je l'ai plié aux nécessités de ma vie. Si ce livre a quelque chose de nouveau, c'est l'ordre et la forme qui me permettent de satisfaire à des besoins qu'ils ne connaissaient pas, et que m'a révélés la pratique du professorat libre. »

E. DRAMARD.

Digitized by Google

DE L'ORGANISATION COMMUNALE ET MUNICIPALE EN EUROPE, AUX ÉTATS-UNIS ET EN FRANCE.

Par M. H. Pascaud.

Compte rendu par M. G. Debacq, docteur en droit, avocat à la Cour de Paris.

M. Henri Pascaud, honorablement connu déjà par un certain nombre d'opuscules sur quelques questions spéciales de droit constitutionnel, vient de publier sous ce titre : *De l'organisation communale et municipale en Europe, aux États-Unis et en France*, une intéressante étude de législation comparée d'histoire et de droit politique.

Au moment où le pouvoir exécutif et les Chambres paraissaient décidés à doter le pays d'un Code municipal destiné à fondre en un tout à peu près logique les nombreuses dispositions éparses dans toute une série de lois diverses, M. Pascaud s'était dit que tous et chacun devaient apporter leur pierre à l'édifice qu'il s'agissait d'élever, et il avait entrepris ce travail dont il offre maintenant le résumé au public.

Il aurait pu se dispenser d'aller si vite en besogne.

S'il est une vérité qu'il ne faut jamais perdre de vue en France, c'est que les lois réellement utiles sont celles qui se font le plus longtemps attendre. Non pas qu'une longue élaboration doive avoir pour résultat de donner à ces lois un caractère plus complet et plus utile. Les lois, même celles qui paraissent ne toucher en rien au domaine de la politique, et affecter seulement des intérêts d'ordre purement civil, ne sont souvent adoptées ou rejetées que sous l'influence d'inspirations qui tiennent à la catégorie des expédients, et où les besoins accidentels et les appétits de parti tiennent seuls place. A plus forte raison en est-il ainsi des projets de lois dont les conséquences directes peuvent et doivent se faire sentir sur le terrain de la politique proprement dite.

M. Pascaud n'a voulu, dit-il, retracer l'histoire des institutions municipales anciennes du pays et résumer en quelques

[1] 1 vol. in-12, Cotillon, 1877.

Digitized by Google

tableaux nets et précis l'organisation communale actuelle des pays voisins que pour fournir à ses lecteurs et à lui-même le moyen de soustraire la législation municipale au provisoire qui l'énerve depuis si longtemps et offrir à nos législateurs les éléments et les connaissances indispensables pour formuler une loi définitive conciliant à la fois, dans la commune et dans l'État, « l'ordre et la liberté ».

Si tel est le but poursuivi par M. Pascaud, il nous paraît évident que tous ses efforts seront impuissants à l'atteindre. Il ne faut pas dans les temps troublés espérer que le vrai, le juste et le bien puissent, par leur seule vertu, s'imposer à ceux auxquels revient le périlleux honneur de coopérer à la législation d'un pays. S'isoler et s'abstraire ne sont plus choses possibles : il faut, malheureusement, que chacun prenne sa place dans les rangs d'un parti, à peine de voir ses efforts ou ses idées les meilleures repoussées par tous à la fois. En France, on est pour l'élection des maires, quand on nourrit l'espoir que l'élection assurera aux gens de son bord la direction des affaires communales; pour la nomination par l'État, quand on dispose du pouvoir et qu'on espère, par la nomination directe, assurer aux siens une autorité que l'élection leur refuserait. On est pour élargir l'influence des plus imposés, quand on pense que cette influence pourra servir de contre-poids aux démagogues que l'on déteste ; pour la concentration exclusive aux mains de conseillers élus de la direction des affaires communales, quand on veut diminuer la force de ceux qui possèdent au bénéfice de ceux qui n'ont rien. Et cela sans qu'il soit possible à personne de reprocher à ses adversaires de manquer de bonne foi et de trahir les intérêts généraux du pays. Car en somme il est bien rare qu'un homme ne se laisse point aller à considérer comme excellent pour tous ce qui lui est avantageux à lui-même ou à son parti.

Nous ne pensons donc point que le travail de M. Pascaud, si distingué et si complet qu'il puisse être, ait la vertu d'engager personne à abandonner aucune de ses opinions, ou d'assurer le triomphe des principes qui, d'après l'auteur, dérivent des expériences du passé et des données de la raison pure. Mais ces réserves faites sur l'efficacité des thèses soutenues par M. Pascaud, nous ne faisons aucune dif-

Digitized by Google

ficulté pour reconnaître que l'œuvre que nous présentons aux lecteurs de la *Revue* vaut qu'on la lise. Après avoir recherché les conditions diverses qui ont présidé à la formation des communes, exposé quelques idées générales sur leurs attributions et leurs rapports avec l'État, essayé d'établir qu'il n'existe pas de corrélation nécessaire entre la forme politique du gouvernement et l'organisation communale, l'auteur examine successivement le régime municipal de la Grande-Bretagne, de l'Autriche-Hongrie, de la Prusse, de la Russie, de l'Italie, des Pays-Bas, de la Suède, du Danemark, de la Belgique, de l'Espagne et des États-Unis. Il résume en quelques courts chapitres les grandes lignes du droit municipal de ces divers pays.

Pour le lecteur, une idée principale se dégage de cet exposé, c'est que l'unité absolue de législation appliquée à toutes les communes d'un même État peut être chose bonne en théorie, mais que pratiquement il est mauvais de soumettre à un régime unique des collections d'individus dont, dans le même pays, les besoins ou les aspirations peuvent être et sont souvent absolument distinctes. Les agglomérations urbaines et les communes rurales ne sauraient, en ce qui concerne la nomination des maires, les attributions des conseils, ou les rapports de l'État avec la commune, être soumises à des règles identiques. Dans les pays où la liberté communale est le plus large, où elle a pu le mieux s'épanouir, c'est d'ordinaire à la différence de la législation communale urbaine et de la législation communale rurale, qu'il faut attribuer les heureux résultats produits.

Une deuxième idée découle également de l'examen de la première partie du livre de M. Pascaud : c'est que, parmi les nations qui, dans ces derniers temps, ont modifié leur organisation communale, l'Espagne tient le premier rang.

Pour parer aux inconvénients que présente l'application d'un droit municipal unique à des communes d'importance diverse, à la ville de 100,000 âmes ou au pueblo de 100 habitants, la loi du 23 juin 1870 a édicté que chaque termino municipal comprendra 30,000 habitants au moins. L'alcade, les temientes alcades et les concejales (plus ou moins nombreux suivant le chiffre de la population, mais ne pouvant excéder 50) constituent l'ayuntamiento.

Digitized by Google

L'ayuntamiento est présidé par l'alcalde, lequel est nommé par les concejales. A l'ayuntamiento sont dévolus des pouvoirs fort larges, plus larges que ceux de nos conseils municipaux. Cependant si l'ayuntamiento prépare le budget des recettes et des dépenses, ce n'est pas lui, c'est la *junta municipal* qui vote en définitive le budget et la répartition des impôts nouveaux. Cette *junta municipal* se compose de l'ayuntamiento, auquel viennent se joindre en nombre triple de celui des concejales et des vocales désignés par le sort sur la liste des contribuables.

L'institution de la junta municipal avec son droit de contrôle sur les finances communales constitue, d'après M. Pascaud, une création véritablement originale donnant à tous les intérêts les garanties les plus sérieuses et mettant l'Espagne à l'abri de ces conseils, produit de l'intrigue et de la passion politique, qui en tant d'autres pays compromettent la fortune des communes.

Après avoir ainsi interrogé la législation étrangère, l'auteur fait l'historique et la critique des lois diverses qui ont en France réglé la matière; il complète ce tableau de nos institutions municipales par l'analyse des principales dispositions du projet de loi déposé par le gouvernement en 1876 et amendé par la commission de la Chambre en 1877.

Il consacre la quatrième partie de son travail à ce qu'il appelle les solutions et réformes. Il réclame la codification des lois d'organisation communale, préconise l'établissement d'une liste municipale spéciale sur laquelle figureraient, en un état particulier, les individus qui ne payent pas la taxe mobilière et personnelle, parce qu'elle est acquittée par la caisse municipale, dans certaines villes à octroi. L'inscription sur cet état équivaudrait à l'inscription au rôle de la commune. Il propose de limiter à quatre ans la durée des pouvoirs des conseils municipaux et recommande le système du renouvellement par moitié tous les deux ans. Il admet, sans discussion, la nécessité des commissions municipales, mais à la condition que les pouvoirs de ces commissions expireront au bout de six mois, sauf au chef de l'État à proroger leurs pouvoirs en cas d'absolue nécessité pendant un nouveau laps de six mois, par décret rendu en Conseil d'État.

Digitized by Google

Les plus forts imposés ne sont appelés à jouer de rôle que dans les communes dont le revenu est inférieur à 100,000 fr. M. Pascaud demande pour les communes riches le régime réservé jusqu'à ce jour à leurs sœurs moins fortunées.

Il est rare, dans les petites communes, que le conseil municipal ne soit pas, en majorité, recruté parmi les habitants les plus aisés, parmi ceux qui payent les impôts les plus lourds, ou qui, s'ils ne sont pas toujours les plus riches, figurent encore cependant au nombre de ceux que la question des impôts intéresse le plus directement. Il en est autrement dans les communes importantes, dans les villes proprement dites où trop souvent les affaires communales sont abandonnées, sous le contrôle fort insuffisant de l'autorité administrative supérieure, aux mains de conseillers qui ne contribuent que nominalement (ou quelquefois même trouvent moyen de ne contribuer que par l'acquittement de quelques taxes indirectes) aux dépenses de la cité dont les intérêts financiers leur sont confiés. Le vrai moyen d'assurer aux contribuables les garanties auxquelles ils ont droit est d'appeler, dans les grandes communes comme dans les petites, les plus forts imposés à délibérer avec les conseillers municipaux.

Les attributions actuelles de ces plus imposés sont trop restreintes. Ils ne font guère que donner leur sanction à des faits accomplis, à peine, s'ils refusaient leur concours, de porter un désarroi absolu dans le budget communal. Il faut les appeler à discuter ce budget. Ils serviront de contre-poids utile aux citoyens besoigneux que trop souvent, dans les grandes villes, le suffrage universel appelle aux conseils.

Enfin, comme ce n'est pas à raison de leurs qualités individuelles que les plus imposés sont appelés à délibérer, mais à raison de l'impôt qu'ils payent, M. Pascaud estime que s'ils ne peuvent personnellement, soit à raison de leur âge, de leur sexe ou de leur qualité de personne morale, prendre part personnellement aux délibérations du Conseil, ils devront, non point être remplacés par ceux qui viennent immédiatement après eux, mais être représentés par des mandataires dont le législateur déterminera les aptitudes. Dans tous les cas où les plus imposés seraient appelés à délibérer, leur présence serait obligatoire, et le vote ne pourrait être

Digitized by Google

valable que si la moitié plus un d'entre eux y avait pris part.

L'auteur estime que le maire doit être nommé, dans tous les cas, par le gouvernement, et choisi dans le sein du Conseil. Il sera ainsi tout à la fois le représentant élu de ses concitoyens et le mandataire nommé du pouvoir central. Ainsi sera évitée la nomination proposée par quelques publicistes d'un agent du pouvoir central chargé, à côté du maire, et plus spécialement, d'assurer l'exécution des dispositions législatives d'intérêt général.

L'adoption de ces principes donnerait, si l'on en croit l'auteur, à nos institutions communales la stabilité qui leur fait défaut, et fournirait au pays les éléments d'une force et d'une grandeur nouvelles.

Tel est, en résumé, le travail fort intéressant de M. Pascaud. Nous ne partageons pas l'opinion de l'auteur sur bien des points; nous ne sommes pas bien convaincu que les réformes qu'il propose puissent assurer à notre organisation municipale le bénéfice d'un progrès sérieux. Mais ce serait faire acte d'injustice que de ne pas reconnaître le mérite réel d'une étude comme celle dont nous venons de parler, parce que les solutions y indiquées sont en contradiction avec les idées qu'on peut avoir et les opinions qu'on peut professer.

Si la justice et la tolérance sont bannies du champ de la politique, du moins doivent-elles encore trouver asile dans les colonnes d'une *Revue critique de législation.*

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4371. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

HÉRITIER OU CESSIONNAIRE FRANÇAIS D'UN ÉTRANGER. — COMPÉTENCE.

(Cass., Ch. des req. 2 août 1876.)

Par M. Ch. Testoud, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

La question résolue par notre arrêt se rattache à une théorie sur laquelle la doctrine ne paraît pas être définitivement fixée. Voici l'espèce sur laquelle la Cour a eu à se prononcer :

Une femme française épouse un étranger et les conventions matrimoniales stipulent des gains de survie réciproques. Plus tard, la femme meurt, au cours d'une instance en séparation de corps portée devant les tribunaux étrangers, et elle meurt laissant des héritiers de nationalité française. Ceux-ci ne pouvant reprendre une instance désormais sans objet, veulent du moins poursuivre contre le mari survivant la révocation des avantages matrimoniaux, dont il est sur le point de profiter. Pour cela, ils s'adressent, non pas aux tribunaux étrangers, comme eût dû le faire la femme, mais aux tribunaux français ; car, disent-ils, c'est un privilége de la nationalité française de pouvoir poursuivre les étrangers, devant les tribunaux français, même pour des obligations nées à l'étranger. La justice française sera-t-elle compétente?

Ce n'est pas là une simple difficulté de procédure. Une prérogative exceptionnelle attachée à la qualité de Français est mise en question. L'article 14 du Code civil permet en effet à nos nationaux de poursuivre les étrangers en France pour obligations contractées même en pays étranger. La loi couvre ainsi les Français d'une incessante protection. Demandeurs ou défendeurs, ils ne seront justiciables que des tribunaux de leur pays. L'application de l'article 14 ne fait pas naître un doute, quand le droit réclamé contre un étranger a pris naissance en la personne même du Français demandeur, ou en la personne d'un autre Français dont le demandeur est l'ayant cause. Mais si le Français a succédé

Digitized by Google

à un étranger, pourra-t-il se prévaloir d'une faveur que son auteur ne pouvait invoquer? La protection de la loi l'abandonnera-t-elle par cela seul que le droit réclamé n'aura pas pris naissance en sa personne? Enfin, l'ayant cause sera-t-il traité comme l'auteur ou mieux que l'auteur?

Le problème ne se pose pas seulement dans le cas de transmission d'un étranger à un Français par voie de succession *ab intestat;* il existe aussi lorsque la transmission résulte d'un legs universel ou à titre universel, d'une cession entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux.

Dans l'hypothèse d'une succession *ab intestat* qui lui était soumise lors de l'arrêt de mai 1876, la Cour s'est prononcée en faveur des héritiers français et leur a permis d'invoquer l'article 14. Les motifs de l'arrêt sont du reste très-généraux et de nature à faire supposer que la Cour eût admis la même solution, même dans le cas d'une cession. « Les héritiers « sont Français, dit-elle, et par cela même ils ont été dans « le cas, en exerçant l'action qui leur compétait, par suite « de succession, de se prévaloir du privilége de nationalité « de l'article 14, duquel il résulte que l'étranger, même non « résidant en France, peut être cité devant les tribunaux « français pour l'exécution d'un engagement ou obligation, « dont il était tenu envers un Français. » Mais, si l'on rapproche notre décision de décisions antérieures, on constate, dans la jurisprudence, une tendance à distinguer entre le cas de succession et le cas de cession. Il a, en effet, été jugé à diverses reprises que le cessionnaire ne pouvait pas avoir plus de droits que le cédant et que celui-ci ne pouvait, par un acte de sa pure volonté, changer la condition de celui avec qui il avait traité (Cass., 5 novembre 1873, Sirey, 1874, 1, 433). On peut trouver l'idée première de cette distinction dans un arrêt de la Cour de Paris qui déclare que l'ayant cause Français d'un étranger ne peut avoir plus de droits que son auteur, à moins que la transmission de l'étranger au Français n'ait été le résultat d'un fait involontaire.

Quant aux auteurs, ils repoussent en général toute distinction, et refusent le bénéfice de l'article 14 à l'ayant cause Français d'un étranger. (En ce sens M. Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n° 161. Voir aussi la note de M. L. Renault, sous l'arrêt du 2 mai 1876.)

Digitized by Google

Pour nous, nous considérerions comme plus sûre dans sa généralité la doctrine de l'arrêt de 1876, et la théorie que nous proposerions sur l'article 14 pourrait se formuler ainsi :

Le privilége de nationalité que cet article établit pourrait être invoqué toutes les fois et par cela seul que le demandeur serait de nationalité française, quelle que fût du reste l'origine du droit réclamé, que ce droit fût né en la personne du demandeur lui-même ou de son auteur étranger.

Au premier abord, le texte de l'article 14 ne semble pas favoriser notre manière de voir. Il parle, en effet, et à deux reprises, d'obligations *contractées envers un Français*. La condition nécessaire de l'application de l'article serait donc que le droit eût pris naissance en la personne d'un Français. Mais la rédaction de l'article 14 n'est pas très-nette, et de l'aveu de tout le monde, il ne faut pas s'attacher à ses termes d'une manière trop absolue. Non-seulement cet article contient une répétition inutile, mais de plus tous les interprètes reconnaissent que le mot *contractées* ne doit pas être pris à la lettre. Il n'y a pas que les obligations contractuelles proprement dites qui puissent être réclamées aux étrangers devant les tribunaux français. Personne n'hésite à étendre ce privilége de l'article 14 à la poursuite des obligations résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits. (En ce sens Cass., 12 novembre 1872, Sirey, 1873, 1re part., p. 17.) Peu importerait donc l'origine des droits invoqués par le Français contre un étranger. Il suffirait, pour l'application de l'article, qu'un Français fût en présence d'un étranger. Ajoutons enfin que le texte, dans tous les cas, condamnerait la distinction que semblent consacrer les derniers arrêts. S'il faut, en effet, que l'obligation ait pris naissance au profit d'un Français, on doit à l'héritier, comme au cessionnaire d'un étranger, refuser la protection de l'article 14.

Nous n'insisterons pas sur l'argument que l'on peut, en faveur de notre solution, tirer de l'esprit de la loi. Qu'importe, en effet, que le Français agisse de son chef ou du chef d'un auteur étranger? La protection de la justice française lui sera-t-elle moins nécessaire dans le second cas que dans le premier? Nous irons même plus loin ; il nous semble que le Français, héritier d'un étranger, a plus de droits à la protection de la justice française que le Français devenu créan-

Digitized by Google

cier par un contrat. Ce dernier traitant avec un étranger aurait pu prévoir des difficultés d'exécution. Le Français héritier d'un étranger ne peut pas avoir à se reprocher un manque de prévoyance.

On nous fait ici une objection qui, à première vue, pourrait sembler décisive. Un cessionnaire, nous dit-on, ne peut pas avoir plus de droits que son cédant. Le cédant ne jouissait pas du privilége de l'article 14. Comment le cessionnaire pourrait-il s'en prévaloir?

Il nous semble d'abord que cette considération prouve trop. Si elle était vraie, il faudrait assimiler le Français héritier au Français cessionnaire et non établir entre eux une distinction. Un cessionnaire ne saurait avoir plus de droits que son cédant; mais un héritier ne peut avoir une condition meilleure que celui auquel il succède. A ce nouveau point de vue, comme au point de vue du texte, l'opinion qui distingue est donc absolument inadmissible.

Mais laissons de côté cet ordre d'idées et voyons s'il y a lieu d'appliquer ici le principe qui veut que l'ayant cause n'ait pas plus de droits que son auteur. Lorsqu'on énonce ce principe, on veut dire que la consistance du droit transmis est la même aux mains de l'auteur et aux mains de l'ayant cause. Ce que l'auteur pourrait réclamer, l'ayant cause, lui aussi, peut l'exiger, et ce à quoi l'auteur ne pouvait prétendre ne saurait lui être attribué. Ainsi, les moyens de compensation légale tendant à la réduction du chiffre de la créance transmise seront opposables au cessionnaire comme au cédant. Il en serait de même des exceptions de nullité, tant en la forme qu'au fond. Quant au privilége de pouvoir poursuivre en France un étranger, il ne fait pas partie de la substance du droit transmis. Si l'on fait abstraction de cette faveur légale, le droit n'est ni accru ni diminué. Le créancier agira contre son débiteur moins rapidement, avec plus de frais; il se heurtera à plus d'obstacles, mais en somme il pourra réclamer tout ce qui lui était dû. L'article 14 crée, comme dit la Cour de cessation, « un privilége de nationalité », et par conséquent un privilége attaché à la qualité personnelle de membre de la famille française. Ce n'est pas plus un accroissement du droit du Français que la privation de ce bénéfice n'en serait une diminution. Nous ne sommes

Digitized by Google

donc pas au cas d'appliquer la maxime que l'ayant cause ne peut pas avoir plus de droit que l'auteur.

Un exemple emprunté à une théorie voisine de celle que nous étudions rendra plus frappante la considération qui vient d'être présentée : Un étranger cède à un Français sa créance contre un autre Français. Le cédant ne pourrait actionner son débiteur qu'en fournissant la caution *judicatum solvi*. Le cessionnaire français n'aura pas à subir cette entrave personnelle à son auteur, et cependant personne ne viendra dire dans ce cas qu'il ait plus de droits que lui. On tient compte de la qualité de Français, à propos de la caution *judicatum solvi*. Pourquoi la laisser de côté, lorsqu'il s'agira du privilége de nationalité qui nous occupe?

Et si un Français, créancier d'un étranger, transmettait ses droits à un autre étranger, on n'hésiterait pas à refuser au cessionnaire une faveur réputée personnelle au cédant. C'est donc que cette faveur ne fait pas partie du droit transmis et que, pour l'admettre ou la rejeter, il faut uniquement s'attacher à la nationalité du demandeur.

On objecte enfin que la condition du débiteur va se trouver aggravée par le fait volontaire de son créancier. Avant la cession, il ne pouvait être attaqué que devant ses juges naturels. Grâce à la cession, il aura, pour ainsi dire, changé de maître, et désormais il sera justiciable des tribunaux français. Souvent même la cession sera fictive ; elle déguisera un mandat et constituera en somme un moyen détourné de saisir la justice française d'un litige entre étrangers.

Répondons d'abord au reproche de faciliter des fraudes, soit à la disposition de l'article 14 qui n'est écrite qu'en faveur des Français, soit au principe aujourd'hui généralement admis d'après lequel les tribunaux français sont, sauf exception, incompétents pour connaître des contestations survenues entre étrangers. La possibilité d'une fraude n'est pas une raison suffisante de repousser une solution juridique. Si ce que l'on craint se réalise, les magistrats sauront découvrir la combinaison et la déjouer. Souvent il arrive que la cession de droits litigieux se dissimule sous l'apparence d'un mandat *ad litem*. Si le juge constate que sous ce mandat se cache une cession sérieuse, il admet l'exercice du retrait. Dans le cas présent, on devra se livrer à une vérification ana-

Digitized by Google

logue. Le mandat a-t-il pris la forme d'une cession, l'article 14 ne devra pas s'appliquer, car en fait le demandeur est toujours un étranger. La cession, au contraire, est-elle sincère, il faudra autoriser le cessionnaire à agir devant les tribunaux français.

Mais alors, dit-on, un créancier étranger peut, par son fait, aggraver la situation de son débiteur étranger. Il n'a pour cela qu'à céder ses droits à un Français. — Il y aurait aggravation de la situation du débiteur si celui-ci avait eu, dès le jour de la naissance de sa dette, un droit acquis à n'être jugé que par les tribunaux de sa nation. Mais un pareil droit n'existe pas. La question qui s'agite est en définitive une question de compétence, et toute question de compétence doit être jugée, suivant l'état des choses, au moment de l'exercice de l'action. Cela est incontestable pour le demandeur qui subit les conséquences du changement de domicile de son adversaire. Par une juste réciprocité, il nous semble qu'il doit en être de même du défendeur et que celui-ci, lorsqu'il est étranger, doit aussi subir les conséquences du changement de nationalité de son créancier. Admettre pour l'étranger un droit acquis à n'être jugé que par les tribunaux de son pays, c'est mettre en suspicion la justice française, alors que précisément, dans tout débat de cette nature, notre Code met en suspicion la justice étrangère.

Pour ces motifs nous admettrions encore que l'étranger naturalisé Français pourrait, contre d'autres étrangers, se prévaloir de l'article 14, non-seulement à raison d'obligations postérieures à sa naturalisation, mais même à raison d'obligations antérieures. La naturalisation ne confère la qualité de Français que sous la réserve des droits des tiers, mais encore faut-il que ces droits existent à titre définitif, et nous croyons avoir établi que le débiteur étranger n'a pas de droit acquis à la compétence des tribunaux de sa nation. Le contraire a cependant été jugé par un arrêt de la Cour de Paris déjà ancien (Paris, 12 décembre 1847, Sirey, 1848, II, p. 49).

Notre conclusion serait donc que toute doctrine ayant pour base une distinction est impossible; que l'article 14 doit ou être dans tous les cas écarté, ou être dans tous les cas appliqué en ce qui concerne les ayants cause Français des étrangers. Nous pensons que l'esprit de la loi et même le

Digitized by Google

texte, d'après l'interprétation qui semble aujourd'hui l'emporter, conduisent à une solution favorable aux demandeurs français. C'est aussi dans ce sens que paraît incliner la chambre des requêtes dont l'arrêt est, comme nous le faisions remarquer en commençant, motivé en termes très-généraux excluant la distinction qui résultait des arrêts antérieurs. (Voir enfin dans ce sens, M. Demangeat, sur Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 358.) CH. TESTOUD.

DE L'EFFET DE LA PRISE A PARTIE SUR LES DÉCISIONS JUDICIAIRES.

Par M. Albert DESJARDINS, professeur à la Faculté de droit de Paris.

1. La prise à partie, formée à l'occasion d'une décision judiciaire, a-t-elle pour effet direct ou indirect de la faire tomber? Ou ne doit-elle aboutir qu'à une condamnation portée contre celui ou ceux qui y ont été défendeurs?

La première idée est généralement admise. Les auteurs s'accordent pour l'enseigner, avec des divergences importantes quand il s'agit de l'appliquer, depuis ceux qui ont commenté les premiers le Code de procédure, Thomine-Desmasures[1], Pigeau[2], jusqu'à ceux dans les ouvrages desquels on trouve le dernier état de la science, notre savant maître, M. Colmet-Daâge[3], M. Rodière[4]. Peut-être faut-il faire exception pour Carré, et, malgré une phrase un peu obscure, pour M. Chauveau-Adolphe[5]. Il ne semble pas que la question ait été soulevée devant les tribunaux, mais peut-être n'a-t-il manqué que l'occasion pour qu'à l'autorité d'une doctrine générale vînt s'ajouter celle de la jurispru-

[1] *Traité de la procédure civile*, Paris, 1807, p. 207.

[2] *La procédure civile des tribunaux de France, démontrée par principes et mise en action par des formules*, Paris, 1807, tit. II, n° V, 5.

[3] *Leçons de procédure civile*, par Boitard; revues, annotées, complétées et mises en rapport avec les lois récentes par G. F. Colmet-Daage, 12e édit., 1876, sur l'article 516, n° 760, t. II, p. 128.

[4] *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 4e édit., 1875, t. II, p. 143.

[5] *Lois de la procédure civile et administrative*, par Carré, 4e édition, par Chauveau-Adolphe, 2e tirage, 1872, t. IV, n° 1823 *quater*.

Digitized by Google

dence. Au risque de nous faire accuser de témérité, nous nous permettrons de présenter quelques objections contre ce système.

2. La prise à partie est empruntée à l'ancien droit. Elle s'y est, pour ainsi dire, détachée de l'appel. C'est ce qu'enseignent tous ceux de nos auteurs qui en parlent. Ils montrent le juge, d'abord forcé de répondre lui-même et en exposant sa vie à celui qui l'accuse d'avoir mal et faussement jugé, puis assigné sur l'appel sans y être partie, enfin soumis seulement à la prise à partie, qui reçoit désormais son nom propre, qui forme une institution distincte, dans des cas plus nombreux encore, sans doute, que ceux dont le Code de procédure contient l'énumération, mais déjà déterminés. Les ordonnances royales ont consommé cette dernière transformation de la responsabilité imposée au juge.

Imbert et son commentateur Guenois nous permettent de la saisir au moment où elle s'accomplit définitivement : « Davantage, dit le premier[1], faut que l'appelant fasse ajourner le juge ou autre personne publique de laquelle il est appelant, pour soutenir les torts et griefs, et ce dans le même temps et à même jour qu'il a fait intimer sa partie adverse, à la requête et profit de laquelle l'appointement a été donné : autrement l'appel seroit aussi bien désert que s'il n'avoit fait intimer sa partie adverse... Mais encore l'appelant, qui n'auroit fait ajourner le juge, seroit condamné ès dépens de la cause d'appel. » Ce qu'ajoute l'auteur prouve qu'il n'y a plus là rien de sérieux : « Ce qui me semble être une grande formalité. Car, combien que le juge soit ajourné, il n'est tenu, toutefois, comparoir ne défendre son jugé ou appointement. Et par ce semble être chose superflue de l'ajourner. Et seroit relever les parties de frais, si on ordonnoit que les juges ne seroient plus ajournés et qu'ils seroient seulement intimés *quant l'appelant les voudroit prendre à partie.* » Ces derniers mots marquent bien la transition.

Guenois cite l'ordonnance de 1540, article 2, et l'ordonnance de Blois. La première est l'édit de décembre 1540, daté de Fontainebleau, sur l'administration de la justice en Normandie. Les cas de prise à partie y sont déterminés :

[1] *Pratique judiciaire tant civile que criminelle,* Lyon, 1565, liv. II, ch. V.

Digitized by Google

« Ne pourront les juges être pris à partie, sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait dol, fraude, ou concussion, ou erreur évidente en fait ou en droit. » L'effet de la prise à partie est indiqué dans le passage suivant du même article : « Et, néanmoins pourront les juges, nonobstant qu'ils aient été pris à partie, exécuter leurs sentences ès cas où elles seront exécutoires, nonobstant l'appel, sauf *de les mulcter de telles peines et amendes qu'il appartiendra*, où il seroit prouvé qu'ils auroient bien intimé et pris à partie. » Guenois rapporte l'ordonnance comme ayant un caractère général et formant le droit commun de la France.

Le langage juridique garda la trace des transformations dont nous venons de parler : « Es causes d'appel, avait dit Masuer[1], le juge ou celui duquel est appelé, pour l'injure, tort ou grief prétendu par la partie appelante, doit être *ajourné* et la partie intimée... » De là, notamment, l'expression *intimé* dont on a continué à se servir pour désigner le défendeur à l'appel : « Audit temps de grande ancienneté, dit Coquille[2], le juge étoit obligé de soutenir ses jugements, ce que démontre le style des reliefs d'appel (*dont les mots sont demeurés et l'effet s'en est envolé*) en tant qu'il est mandé d'ajourner les juges pour soutenir leurs jugements, et *intimer*, c'est-à-dire, signifier et avertir les parties qui ont obtenu jugement en leur profit d'y assister si bon leur semble[3] »

Intimé, qui avait désigné une personne jouant un rôle accessoire et facultatif dans l'instance d'appel, finit ainsi par s'appliquer à celle qui y jouait, comme défendeur, un rôle principal et nécessaire. Aussi appela-t-on la prise à partie « *intimation* contre le juge, parce que, pour *prendre* le juge *à partie*, il fallait l'intimer sur l'appel de sa sentence[4]. »

3. L'appel servait à faire infirmer la sentence des premiers juges en mettant en cause celui au profit duquel elle avait été rendue. La prise à partie, qui en était détachée, eut-elle jamais dans l'ancien droit un autre caractère que celui d'une action en réparation contre le juge? Fut-elle jamais,

[1] La *Pratique* de Masuer, *mise en françois* par Ant. Fontanon, nouvelle édition par Guenois, Paris, 1616, petit in-18.

[2] Nouvelle édition, Bordeaux, 1703. *Cout. de Nivernois*, ch. I, art. 25.

[3] Cf. Ferrière, *Nouvelle intr. à la Pratique*, Paris, 1728, v° INTIMÉ.

[4] *Encyclopédie méthodique*, Paris et Liége, 1786, v° PRISE A PARTIE.

Digitized by Google

en elle-même ou par ses conséquences, une voie d'attaque contre les jugements?

Dans l'ordonnance de 1667, elle était placée au titre XXV, à la suite des récusations des juges, dont il était traité dans le titre XXIV, et Jousse se bornait à dire qu'elle était donnée « à l'effet de rendre compte de son jugement ou d'un déni de justice et pour être condamné aux dommages-intérêts envers celui qui en souffre. »

Quand les auteurs qui écrivent sur la procédure parlent des voies à prendre pour faire réformer les jugements, ils n'y comprennent pas la prise à partie [1]. Il faut qu'ils s'occupent, comme Pothier [2], des manières de se pourvoir contre les sentences *et contre les juges* pour croire qu'ils ont à en traiter : « Il y a, dit Pothier, trois manières de se pourvoir contre les jugements, l'appel, l'opposition et la requête civile. — Il y a une manière de se pourvoir contre la personne du juge qu'on appelle prise à partie. »

Qu'obtient-on par là contre ce juge? Au témoignage de Jousse, nous pouvons en ajouter d'autres : « On peut la définir, dit encore Pothier [3], l'*intimation faite d'un juge en son propre nom*, par une partie devant le tribunal supérieur, *pour la réparation du tort que lui a fait le juge en sa qualité de juge.* » Guyot s'exprime de même : « C'est le recours qu'exerce une partie contre son juge dans les cas prévus par la loi, à l'effet de le rendre responsable du mal jugé et de tous dépens, dommages et intérêts [4]. » Jamais on ne parle d'un autre effet.

Il semble même, à la manière dont nos anciens auteurs parlent de précédents empruntés au droit romain, qu'ils considéreraient cet autre effet comme peu conciliable avec la nature de la prise à partie : « Par la disposition du droit romain, dit Ferrière [5], un juge ne pouvoit pas être pris à

[1] V. Pigeau, *la Procédure civile du Châtelet* de Paris, 1779, liv. II, part. IV, tit. II, ch. I. Il ne parle de la prise à partie que dans le liv. II, part. III, tit. I, ch. I, *Des observations à faire par les parties concernant les juges*, sect. II, *De la prise à partie.*

[2] *Traité de la procédure civile*, 8e partie.

[3] *Ib.*, section IV.

[4] *Répertoire de jurisprudence*, 1784, v° PRISE A PARTIE. Cf. Ferrière, *Nouvelle introduction*, v° PRISE A PARTIE.

[5] *Ib.* Cf. Guyot, *loc. cit.*

Digitized by Google

partie que quand il avoit fait un grief irréparable par la voie de l'appel. La raison est que la prise à partie étoit un moyen extraordinaire, et qu'on ne pouvoit recourir au moyen extraordinaire, quand on pouvoit se servir de l'ordinaire, qui est l'appel, par lequel le juge supérieur pouvoit réparer le grief fait par le premier juge... — L'effet de la prise à partie étoit qu'il étoit condamné à tous les dommages et les pertes qu'il avoit causés par son jugement. » Bien loin que, par la prise à partie, on puisse faire tomber le jugement, on n'a, d'après la jurisprudence romaine ainsi interprétée, le droit d'employer la prise à partie que s'il est impossible de faire tomber le jugement.

Nous n'avons pas à rechercher si cette interprétation du droit romain était exacte[1] : il nous suffit de remarquer qu'elle était regardée ecomme incontestable.

4. Les rédacteurs du Code de procédure n'ont pas manifesté l'intention d'attribuer à la prise à partie un effet qu'elle n'avait jamais eu dans l'ancien droit.

Ils l'ont, il est vrai, placée dans le livre IV, sous cette rubrique : *Des voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, sans ajouter, comme les auteurs dont ils reproduisaient les divisions : *ou les juges*. Mais il n'y a, dans les travaux préparatoires, rien qui révèle la pensée d'opérer un changement grave, soit en comprenant sous ce titre les dispositions propres à la prise à partie, soit en supprimant un membre de phrase qui avait jusqu'alors paru essentiel.

5. La prise à partie a-t-elle pour effet direct ou indirect de faire tomber une décision judiciaire?

Cette question se décompose en trois questions distinctes :

[1] En sens contraire, voyez M. Ortolan (9e édit., n° 1783) : « Le plaideur paraît avoir eu, dans tous les cas, l'action contre le juge qui avait fait le procès sien ; car il pouvait, par plusieurs raisons, ne pas vouloir ou ne pas pouvoir recommencer un nouveau procès contre son adversaire : par exemple, si celui-ci était insolvable et ne lui offrait plus aucune garantie, ou par tout autre motif qui lui faisait préférer d'attaquer le juge. » M. Demangeat, 2e édit., t. II, p. 415 : « Sans doute la partie qui souffre d'une mauvaise sentence, le demandeur qui n'a obtenu qu'une condamnation trop faible ou le défendeur qui a été condamné à une somme trop forte peut, en général, interjeter appel. Néanmoins il sera souvent fort utile à cette partie de pouvoir s'attaquer au juge. Pour le comprendre, il suffit de supposer que son adversaire est devenu insolvable ou qu'il a disparu au moment où pourrait être rendue la sentence sur l'appel.

Digitized by Google

(1 La décision judiciaire tombe-t-elle de plein droit, la prise à partie étant reconnue bien fondée? — (2 Les juges peuvent-ils réformer la décision par cela seul qu'ils ont reconnu la prise à partie bien fondée? — (3 La prise à partie reconnue bien fondée donne-t-elle ouverture aux voies d'attaque prévues par les lois et le droit commun?

(1 La décision judiciaire tombe-t-elle de plein droit, la prise à partie étant reconnue bien fondée?

On répond en général à cette question par la négative. Pigeau, prévoyant le dol, la fraude ou la concussion du juge qui a statué, dit : « Dans ce cas, le jugement est-il annulé par le fait seul de l'arrêt qui a déclaré la prise à partie bien fondée? Non, parce que celui qui l'a obtenu ne peut être dépouillé du bénéfice de ce jugemeut sans avoir été entendu [1]. »

Un tel effet ne saurait se produire sans une disposition expresse de la loi.

(2 Les juges peuvent-ils réformer la décision, par cela seul qu'ils ont reconnu la prise à partie bien fondée?

C'est ce qu'admet M. Colmet-Daâge : « Je préfère, dit-il [2], me ranger à l'opinion de ceux qui, s'attachant à l'idée que la prise à partie est une voie extraordinaire pour attaquer les jugements, accordent au tribunal qui statue sur la prise à partie le droit de *prononcer directement la nullité* du jugement fondé sur le dol du juge, que la partie soit ou non complice de ce dol. »

Nous nous permettrons de présenter quelques objections contre ce système.

L'idée que la prise à partie est une voie extraordinaire pour attaquer les jugements est elle-même contestable et ne peut servir de point de départ à une démonstration.

Nul texte de loi n'accorde au tribunal qui statue sur la prise à partie le droit de prononcer la nullité du jugement fondé sur le dol du juge, droit exorbitant et nouveau.

Ne doit-on pas répéter ici la phrase de Pigeau que nous citions tout à l'heure : « Celui qui l'a obtenu ne peut être dépouillé du bénéfice de ce jugement sans avoir été entendu? » Faudra-t-il le mettre en cause? Qui en sera chargé?

[1] *Loc. cit.*, tit. II, n° V, p. 689.
[2] *Loc. cit.*

Digitized by Google

Dans quel délai? Le Code de procédure, qui n'a pas établi le droit, n'en a pas réglé l'exercice. Il faudra se substituer au législateur pour fixer arbitrairement ou pour étendre par analogie les formes et les conditions auxquelles on attachera sans doute la sanction d'une déchéance.

M. Rodière va au-devant de cette dernière objection en disant : « La partie qui a obtenu le jugement doit être appelée dans l'instance, sans quoi elle serait recevable à se pourvoir par tierce opposition, pour repousser, en ce qui toucherait ses intérêts, l'arrêt qui aurait admis la prise à partie [1]. »

(3 La prise à partie reconnue bien fondée donne-t-elle ouverture aux voies d'attaque prévues par le droit commun?

Nous emprunterons à M. Colmet-Daâge l'excellent résumé qu'il a fait des divers systèmes produits sur cette question.

« Si la partie qui a obtenu gain de cause a été complice du dol du juge, on décide sans hésitation que le jugement inique ne sera pas maintenu. S'il est en premier ressort, le demandeur en prise à partie en poursuivra la réformation par la voie de l'appel. Il pourra agir par la voie de la requête civile, pour dol personnel (art. 480-1°), si le jugement est en dernier ressort. »

Mais la voie de l'appel n'est ouverte que dans le délai de deux mois à dater de la signification du jugement. Le dol de la partie qui a obtenu gain de cause, celui du juge auquel elle doit son succès ne changent rien à cette règle. On n'a pas, quoi qu'en dise Pigeau, le droit d'étendre par analogie l'article 448, qui prévoit, pour accorder un nouveau délai d'appel, que ce jugement a été rendu sur une pièce fausse, ou que la partie a été condamnée faute de représenter une pièce décisive retenue par son adversaire, qui restreint encore ces exceptions en exigeant, pour la première, que le faux ait été reconnu ou juridiquement constaté ; pour la seconde, qu'il y ait preuve par écrit du jour où la pièce a été recouvrée. Certes le législateur n'a pas entendu porter une règle générale applicable à tout cas de dol. Il n'est même pas certain que le dol soit nécessaire pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 448. Que s'il faut supposer l'appel

[1] Cf., contrairement à l'opinion de MM. Colmet-Daâge et Rodière, M. Chauveau, *loc. cit.*

Digitized by Google

interjeté dans le délai établi par l'article 443, il n'y a plus aucun effet spécial à la prise à partie.

En matière de requête civile, nous trouvons, au contraire, une règle générale : « Lorsque les ouvertures de requête civile seront le faux, le dol ou la découverte de pièces nouvelles, les délais ne courront que du jour où, soit le faux, soit le dol, auront été reconnus ou les pièces découvertes, pourvu que, dans ces deux derniers cas, il y ait preuve par écrit du jour, et non autrement. » (Art. 488.)

Mais le délai court du jour où le dol aura été reconnu : faut-il exiger qu'il soit judiciairement reconnu? Non. La jurisprudence, toutes les fois qu'elle a eu à se prononcer sur ce point, a décidé que le point de départ était le jour où la partie aurait eu connaissance du dol, quelquefois même sans paraître admettre que cette décision pût être contestée [1] : «Cette connaissance du dol, est-il dit dans un arrêt de la Cour de cassation [2], ne doit pas s'entendre de toutes révélations qui pourraient être faites de certaines manœuvres dolosives et des soupçons qu'elles feraient naître dans l'esprit des intéressés, mais bien d'une connaissance sérieuse de faits assez graves pour entraîner la conviction et constituer une preuve de nature à être soumise à la justice. » L'arrêt déféré à la Cour suprême avait répondu formellement à ceux qui auraient soutenu la nécessité d'une décision judiciaire : « Attendu qu'il n'est pas nécessaire pour le dol, comme il l'est pour le faux, qu'il ait été reconnu ou déclaré par justice, pour que la partie qui en excipe ait été mise en demeure de se pourvoir par la voie de la requête civile ; qu'il suffit qu'elle ait eu personnellement la connaissance certaine de l'existence du dol, et qu'il y ait preuve de la date à laquelle elle a eu cette connaissance. » Il justifie cette distinction déjà admise par la Cour de cassation [3], en disant « que cette dernière expression (reconnu) indique clairement que le point de départ du délai n'est pas celui où existeraient de simples soupçons du dol, mais bien celui où apparaît une preuve de nature à être soumise à la justice, à entraîner la conviction

[1] Req., 23 mars 1868, D. P., 69, 1, 281.
[2] Req., 7 février 1855, D. P., 55, 1, 402.
[3] Civ. cass., 26 août 1835, D. A., v° Requête civile, n° 181.

Digitized by Google

et à devenir la base d'une action assez grave pour amener la rétractation d'un arrêt [1]. »

Cette doctrine est admise par M. Chauveau-Adolphe [2].

Le point de départ du délai dans lequel devra être intentée la requête civile ne sera donc pas le jour du jugement qui aura accueilli la prise à partie, mais le jour où la personne lésée aura découvert le dol de sa partie adverse, complice du juge. Rien ne permet de dire que le jugement rendu sur la prise à partie fasse courir un nouveau délai, qu'il y ait là un effet spécial à la prise à partie.

« Mais les auteurs, continue notre savant maître, cessent d'être d'accord dans l'hypothèse où la partie qui a obtenu le jugement attaqué n'est pas complice du dol du juge. Dans une première opinion, on soutient que le jugement inique conserve son autorité entre les parties, lorsque toutes deux sont de bonne foi, sauf la condamnation du juge à des dommages-intérêts envers la partie indûment condamnée. Mais alors cette partie supporterait seule les conséquences de l'insolvabilité du juge. *Je ne puis approuver cette solution.* La chose jugée ne saurait avoir cette autorité, quand elle a pour base le dol, la fraude, la concussion du juge. Respecter une pareille décision, ce serait amoindrir le respect dû aux décisions justes des tribunaux.

« Aussi la plupart des auteurs décident-ils que le jugement fondé sur le dol du juge, même sans la complicité de la partie, ne sera pas maintenu; mais ils diffèrent sur les moyens de faire tomber le jugement. Suivant les uns, celui qui a triomphé dans la prise à partie attaquera ensuite le jugement inique par la voie de l'appel, s'il est en premier ressort; par la requête civile, s'il est en dernier ressort. D'autres considèrent le dol du juge comme une forfaiture, et les actes de forfaiture doivent être annulés par la Cour de cassation. » Nous avons dit quelles conclusions donne l'auteur, qui n'accepte aucun de ces divers systèmes.

Ils semblent en effet bien difficiles à concilier avec l'esprit comme avec le texte de nos lois. Comment le jugement en premier ressort peut-il être frappé d'appel si le délai établi par l'article 443 est expiré? Comment le jugement en dernier

[1] Orléans, 25 avril 1853, D. P., 1854, 2, 183.
[2] T. VII, *supplément*, 2e tirage, p. 544.

Digitized by Google

ressort peut-il être attaqué par la requête civile, en dehors des cas prévus par les articles 480 et 481 du Code de procédure civile? Quant à l'annulation de la décision judiciaire pour forfaiture, y a-t-il un texte qui l'autorise?

Pigeau reconnaît qu'il n'y a pas lieu à l'appel ou à la requête civile quand la partie n'est pas complice du juge, «parce que le dol d'un tiers ne donne aucune ouverture. Mais, ajoute-t-il, on peut se pourvoir, soit que, le juge bien pris à partie étant écarté, il se trouvât que les autres juges qui ont coopéré au jugement ou à l'arrêt ne fussent pas en nombre suffisant pour décider, soit qu'ils fussent en nombre suffisant comme on va l'établir. »

Dans le premier cas, la décision est entachée d'un vice de forme et l'on peut la faire tomber, soit par l'appel, si elle est en premier ressort, soit par la requête civile, si elle est en dernier ressort, le délai de l'appel ou celui de la requête civile courant à partir du jour où la prise à partie aura été reconnue bien fondée.

Mais ce système rencontre une double objection : en premier lieu, a-t-on le droit de regarder la décision comme rendue par un nombre de juges insuffisant, parce que l'on fera abstraction de celui qui aura été pris à partie? en second lieu, quelle raison donner pour faire courir un délai d'appel ou de requête civile à partir du jour où la prise à partie aura été reconnue bien fondée? Il n'y a même plus ici d'argument d'analogie fourni par les articles 448 et 488, puisque la partie adverse n'a pas commis de dol.

Dans le deuxième cas, l'auteur arrive au même résultat, mais par d'autres motifs : « Si le fait de dol, de fraude ou de concussion, qui a donné lieu à la prise à partie, eût été connu de la partie avant l'arrêt ou le jugement, elle eût pu récuser le juge avant le jugement et même le prendre à partie. Si elle l'eût récusé, le jugement de l'affaire eût été suspendu (art. 387), et, si on l'eût rendu, elle eût pu se pourvoir par appel, s'il était en premier ressort, pour vice de forme, comme dit l'article 473, et en requête civile, pour violation de forme (art. 480-2°), s'il était en dernier ressort. Si elle eût demandé la prise à partie, le juge eût été obligé de s'abstenir; s'il ne l'eût pas fait, le jugement eût été nul, suivant l'article 514, et elle eût pu par conséquent recourir à l'appel

Digitized by Google

ou à la requête civile, suivant la qualité du jugement. Cette partie doit-elle avoir moins de droit, puisque, par toutes les précautions dont le juge s'est enveloppé avant le jugement, elle n'a pu lors connaître les causes de récusation et la prise à partie, elle n'a pu les découvrir que depuis? Non, autrement ce serait rendre la partie victime d'une ignorance invincible et de la conduite criminelle du juge, dont l'autre partie ne peut tirer avantage sans blesser évidemment les règles de la justice. »

On peut dire que cette argumentation contredit les principes fondamentaux de la procédure. De ce qu'on a eu un droit sans l'exercer, s'ensuit-il qu'on l'ait indéfiniment? Comment donc expliquer tant de déchéances? En est-il une seule dont on puisse se faire relever? On n'a pas fait ce qu'on aurait pu faire; on ne peut être traité comme l'ayant fait, n'eût-on d'ailleurs aucune négligence à s'imputer, eût-on été victime de la fraude. Si le Code relève les parties des déchéances encourues par l'expiration de certains délais, c'est dans des circonstances rares, par exception. La doctrine n'a pas le droit de se substituer à la loi pour accorder une telle faveur [1].

[1] M. Chauveau (Adolphe), après avoir rejeté la doctrine qui fait de la prise à partie « un pourvoi contre le jugement aux fins de le faire retracter », combat aussi avec beaucoup de vigueur le système de Pigeau : « Ce serait, dit-il, attribuer à la prise à partie un effet rétroactif exorbitant, car la réparation qu'elle impose au juge n'existe qu'en vertu même du jugement ou de l'arrêt qu'on voudrait infirmer, puisqu'elle n'a pour but que de compenser le dommage qui résulte de ces sentences; qu'on les détruise, et l'on fera disparaître jusqu'au principe même de la prise à partie, dont on voudrait néanmoins utiliser le bénéfice légal, au delà des effets naturels qu'il lui est donné de produire... — Nous ne comprendrions plus que, le fait une fois acquis, il fût permis de le subordonner à une série d'hypothèses, pour lui faire produire, en définitive, un moyen d'appel ou de requête civile qui n'existerait qu'en abstraction, ainsi qu'on est amené à l'induire du système de M. Pigeau. »

Mais le savant auteur dit : « Sous un autre point de vue, et si l'on envisage la nature des diverses causes qui déterminent cette voie particulière, il faut dire que la partie lésée pourra, abstraction faite de la réparation pécuniaire imposée au juge, attaquer le jugement, non point en vertu, mais plutôt à l'occasion de la prise à partie, et parce que les mêmes causes qui auront motivé cette dernière voie pourront également donner lieu soit à l'appel, soit à la requête civile; c'est dans ce sens que M. Carré, dont l'opinion est encore ici conforme à la nôtre, qualifie la prise à partie d'*attaque*

Digitized by Google

On voit sans peine pourquoi les commentateurs du Code de procédure ont absolument tenu à faire rentrer la prise à partie parmi les moyens directs ou indirects d'attaque contre les jugements. C'est la justice qui les a inspirés. Maintenir une décision rendue par dol, fraude ou concession, n'est-ce pas une évidente iniquité? Ne faut-il pas présumer que la législation n'a pas voulu la sanctionner? Ne faut-il pas chercher tous les moyens de faire ressortir et de mettre en pratique la pensée qu'il a certainement dû avoir?

Les jurisconsultes doivent se préoccuper de l'équité, mais les commentateurs ne doivent pas la substituer à la loi. Si le Code de procédure a admis une injustice, on est tenu de la déplorer, mais on ne peut s'empêcher de la reconnaître. Nous avons essayé de démontrer que ceux qui l'ont rédigé n'avaient pas eu l'intention d'innover, en faisant produire à la prise à partie un effet qu'elle n'avait jamais eu dans l'ancien droit. A défaut d'effet direct, a-t-on le droit d'admettre un effet indirect, de supposer que les voies d'attaque expressément admises par le Code sont ouvertes ou rouvertes avec des délais nouveaux? Nous ne le pensons pas.

Allons plus loin. Faut-il avouer que la loi aurait complétement méconnu l'équité, parce qu'elle n'aurait fait de la prise à partie qu'une action en indemnité contre le juge? Mais c'est pour satisfaire à l'équité qu'elle a établi cette action; le juge est soumis à une responsabilité pécuniaire, parce qu'il est devenu un malfaiteur. Dérogation au droit commun, en ce sens que le juge, en principe, ne répond pas pécuniairement du tort qu'il a pu causer aux parties, mais application du droit commun, en cet autre sens que les malfaiteurs doivent réparer le dommage causé par leurs mauvaises actions. Attachons-nous au droit commun, entendu en ce second sens. Rendre les malfaiteurs responsables de ce qu'ils ont fait, voilà ce que demande l'équité. Mais cette responsabilité ne devient-elle pas illusoire, quand ils sont

indirecte contre la décision rendue par le juge prévaricateur. — Nous concevons que, lorsque le fait qui légitime la prise à partie constitue également, mais par lui-même et *de plano*, un moyen de requête civile, il puisse, après la réussite de la première action, donner ouverture à une voie de recours extraordinaire, par la raison que la prise à partie n'en est pas une elle-même. » (*Loc. cit.*) L'auteur ne dit pas si le jugement qui déclare la prise à partie bien fondée fait courir de nouveaux délais.

Digitized by Google

insolvables? La loi n'assure pas et ne peut assurer l'efficacité de la responsabilité qu'elle établit.

Cette garantie, si difficile à donner en général, ici ne rencontrerait aucun obstacle. Pourquoi ne pas déclarer le jugement nul, ou tout au moins ne pas offrir ou rendre les moyens de le déclarer nul? La partie qui a obtenu gain de cause ne saurait légitimement se plaindre, si elle se voyait enlever un bénéfice qu'elle doit à une cause illicite; la conscience publique obtiendrait satisfaction.

Sans doute le législateur aurait pu décider ainsi sans encourir de reproches; mais son attention ne s'est point portée sur un système nouveau par lequel il aurait eu à remplacer le système ancien. Il s'est contenté de ce qui s'était fait avant lui. Or, avant lui, ce n'était pas l'attaque contre le jugement, c'était l'attaque contre le juge, qui avait toujours été subsidiaire.

S'il s'était posé la question, peut-être aurait-il pensé que la partie lésée par la décision judiciaire avait les moyens suffisants pour la faire tomber, en dehors de la prise à partie. C'est en premier ressort que cette décision a été rendue; il est probable, nous pouvons dire certain, qu'il a été mal jugé, soit en fait, soit en droit; celui à qui elle a fait perdre son procès peut la déférer au juge supérieur; s'il s'en abstient, il n'a plus tard qu'à s'en prendre à lui-même de lui avoir laissé acquérir la force de chose jugée. La décision est en dernier ressort: le pourvoi en cassation est ouvert, si c'est en droit qu'il a été jugé; la requête civile est admise, pourvu qu'il y ait dol personnel de la partie adverse; et n'est-ce pas une hypothèse à peu près chimérique que celle du dol du juge, sans complicité de celui qui obtient gain de cause? Bien entendu, nous nous renfermons dans les termes de la loi et nous demandons que la requête civile soit exercée dans les deux mois à partir de la reconnaissance du dol de la partie et conformément à l'article 488 du Code de procédure civile.

Remarquons, en outre, que le fait à raison duquel la prise à partie est reconnue bien fondée peut ne vicier aucunement le jugement. Qu'un seul juge se soit rendu coupable de dol, fraude ou concussion, mais que le tribunal ait compris un nombre de membres siégeant supérieur au *minimum* nécessaire,

Digitized by Google

quel peut être, même aux yeux du législateur, le vice du jugement? Comment prendre le dol et surtout le dol d'un tiers en considération, si l'on ne montre pas que ce dol a eu une influence décisive sur la sentence à rendre, preuve impossible à fournir?

Enfin combien ne serait-il pas grave d'intéresser les parties à rechercher, à alléguer peut-être sans preuves suffisantes de dol, la fraude ou la concussion du juge, pour se fournir, après avoir laissé passer tous les délais, un moyen extrême de faire sombrer la décision judiciaire?

Ce dernier inconvénient deviendrait un véritable danger, si l'on admettait la doctrine enseignée par notre collègue, M. Glasson[1], sur l'abrogation des dispositions qui entravaient l'exercice de la prise à partie par le décret du 19 septembre 1870 : « Aussi pensons-nous, dit notamment M. Glasson, que le décret du 19 septembre 1870 a abrogé l'article 505. Avant ce décret, la jurisprudence décidait, avec raison selon nous, malgré les doutes élevés sur ce point, que la faute, même la plus lourde, ne pouvant être assimilée au dol, il n'était pas possible, dans le silence de la loi, d'agir en dommages-intérêts contre un magistrat auquel on reprochait un semblable fait : aujourd'hui il faudrait s'arrêter à la solution contraire. » Qui ne voit que la prise à partie pouvant être exercée à raison d'une faute lourde, si elle doit avoir pour conséquence directe ou indirecte de faire tomber la décision rendue, le moyen est offert d'attaquer, en dehors des conditions et des délais déterminés par la loi, toutes les sentences?

ALBERT DESJARDINS.

DE L'ACTION DIRECTE DU MANDANT

CONTRE LE MANDATAIRE SUBSTITUÉ.

Par M. DRUJON, avocat à Aix.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 1994 du Code civil, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. L'application de cette

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1873-1874, p. 380 et suiv.

Digitized by Google

disposition ne présente aucune difficulté lorsque le mandataire a été autorisé à se substituer quelqu'un ; mais il en est autrement lorsque la substitution n'a pas été permise. — Quelle est alors la nature de l'action directe établie par l'article 1994? quelle en est la mesure? comment s'éteint-elle? La loi ne l'a pas expressément indiqué. La jurisprudence, saisie à plusieurs reprises de ces questions de principe, leur a donné une solution qui nous paraît soulever des objections fort graves. Nous allons essayer, dans le cours de cette étude, de montrer en quoi ses décisions nous semblent s'écarter des vrais principes du droit, et nous tâcherons d'arriver, par cette critique, à l'interprétation exacte de la disposition légale qui fait l'objet de notre examen.

I

Les arrêts que nous indiquons ont été, presque tous, rendus sur des espèces absolument semblables. Voici, dans ses traits essentiels, celle qui s'est présentée le plus récemment devant la Cour de cassation. — Une personne d'Amiens charge un agent de change de cette ville d'opérer à la Bourse la vente d'un certain nombre d'actions nominatives. L'agent de change d'Amiens transmet ces titres à un agent de change de Paris, avec lequel il est en relations d'affaires et le charge de l'opération. Celui-ci vend les titres à la Bourse, en reçoit le prix et règle l'opération avec son confrère d'Amiens en créditant le compte courant de ce dernier du montant de la somme qu'il a ainsi reçue. Quelque temps après, l'agent de change d'Amiens disparaît. Le propriétaire des titres, n'ayant pu obtenir de lui le prix pour lequel ils ont été vendus, actionne en payement de ce prix l'agent de change de Paris par le ministère duquel la vente a été opérée et invoque contre lui la disposition finale de l'article 1994. L'agent de change assigné répond qu'il a payé le prix qui lui est demandé entre les mains du confrère qui lui avait transmis les titres ; qu'il est ainsi libéré du fait de son mandat et que, par conséquent, il ne doit rien à celui qui l'actionne. — La Cour de Paris, dans un arrêt du 7 février 1873, a repoussé ce système de défense par le motif que l'agent de change actionné, ayant su quel était le véritable propriétaire des titres qu'il avait vendus, était obligé d'en verser le prix entre les mains de

Digitized by Google

celui-ci et ne s'était pas libéré en payant ce prix entre les mains d'une autre personne. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation le 22 mars 1875 (*Rec.* de Sirey, 1875, I, 302). La Cour de cassation avait déjà rendu, le 20 avril 1859 (Sir., 59, I, 298), une décision semblable sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Lyon; la même doctrine a été consacrée par la Cour de Paris, le 14 décembre 1866 (Sir., 71, II, 87), par la Cour de Rouen, le 13 avril 1870 (Sir., 71, II, 17), et par la Cour d'Orléans, le 9 juin 1870 (Sir., 71, II, 87).

Chose assez singulière, les décisions de ces derniers arrêts sont toutes parfaitement justes, en l'état des faits sur lesquels elles sont intervenues. Les unes, en effet, ont été rendues dans des espèces où le mandataire primitif devait être considéré comme ayant été autorisé à se substituer un tiers[1]. On sait que, dans ce cas, le mandataire primitif n'est qu'un simple intermédiaire, qui disparaît par le fait de la substitution, pour ne laisser en présence que le mandant et le mandataire substitué; et il est évident que le mandataire substitué dans cette situation ne peut exciper envers le mandant que d'une cause de libération directe. — Les autres décisions sont intervenues dans des espèces où les mandataires substitués opposaient au mandant une compensation opérée entre eux et le mandataire primitif. Nous pensons que cette cause de libération devait, en effet, être déclarée inefficace, et nous indiquerons, dans la suite, les motifs juridiques de cette opinion. Mais toutes ces décisions, irréprochables en elles-mêmes, reposent sur des motifs qui ne nous paraissent pas pouvoir être admis sans distinction. La doctrine qui se dégage des termes beaucoup trop généraux des arrêts que nous rapportons peut être formulée en ces termes : L'article 1994 accorde au mandant une action directe contre le mandataire substitué; il suit de là que le mandataire substitué qui connait le mandant au profit duquel il agit, devient l'obligé direct de celui-ci et ne peut se libérer

[1] Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation en 1859, par exemple, un agent de change de Saint-Étienne avait été chargé de faire opérer une vente à la Bourse de Lyon. Il est évident qu'un pareil mandat contenait implicitement l'autorisation de substituer, puisque le mandataire primitif ne pouvait accomplir lui-même l'objet du mandat.

Digitized by Google

valablement entre les mains du premier mandataire.— C'est cette doctrine absolue qui ne nous paraît pas admissible; et nous croyons, au contraire, que le mandataire substitué, obligé direct du mandant tant qu'il a entre les mains le produit de l'affaire qui a fait l'objet du mandat, est autorisé à se libérer entre les mains du premier mandataire, et se trouve dégagé à l'égard du mandant, mais quand il s'est libéré par un payement effectif. Nous n'avons pas besoin de rappeler que nous raisonnons dans l'hypothèse où le mandataire n'a pas reçu le pouvoir de substituer; la difficulté ne peut naître que dans ce cas.

La première observation qui se présente lorsqu'on rapproche la doctrine que nous combattons du texte de l'article 1994, c'est que cette doctrine introduit dans la loi une distinction qui en est absente. Cet article ne dit pas que le mandant pourra agir contre le mandataire substitué lorsque celui-ci aura su qu'il agissait au profit du mandant; il établit, dans l'intérêt du mandant une action directe, sans condition et dans tous les cas. — Supposons qu'un mandataire substitué, qui a cru agir uniquement dans l'intérêt du substituant, soit directement actionné par le mandant, pendant qu'il a encore entre ses mains le produit de l'affaire; il est bien certain qu'il sera obligé de se libérer entre les mains du mandant, malgré l'ignorance où il aura été du mandat originaire. La connaissance du mandat originaire n'est donc pas une condition nécessaire de l'obligation directe à laquelle l'article 1994 soumet le substitué. — Ceci étant posé, si l'action directe établie par cet article doit être entendue, comme le fait la jurisprudence, en ce sens que le substitué, devenu l'obligé direct et personnel du mandant, ne puisse se libérer valablement qu'entre ses mains, pourquoi refuserat-on au mandant le bénéfice de cette action lorsque le substitué, dans l'ignorance du mandat primitif, se sera libéré entre les mains du premier mandataire? Ce ne sera pas parce que le mandataire substitué aura ignoré le mandat primitif; nous venons de voir que cette ignorance n'empêche pas l'exercice de l'action directe; — ce ne sera pas en vertu d'une distinction établie par la loi, il n'y en a pas; — ce sera uniquement en vertu de l'article 1240 du Code civil, parce que le substitué aura fait un payement de bonne foi à celu

Digitized by Google

qui était en possession de la créance. Il n'y a évidemment pas d'autre raison de décider que celle-là. Nous sommes donc amenés, par ce qui précède, à cette première conclusion, que le mandataire substitué qui a agi dans l'ignorance du mandat, n'en est pas moins obligé directement à l'égard du mandant, mais que cette obligation s'éteint lorsque le mandataire substitué s'est libéré entre les mains du mandataire primitif.

Arrivons maintenant au cas où le mandataire substitué a su que son mandant à lui n'était lui-même que le mandataire d'un autre. Qu'il soit obligé envers ce premier mandant tant qu'il détient le produit de l'affaire, cela est incontestable. Mais cette obligation subsiste-t-elle, même après qu'il s'est libéré entre les mains de celui par qui cette affaire lui avait été confiée? Cette libération, qu'il aurait valablement accomplie dans l'ignorance du mandat primitif, est-elle nulle parce qu'il sait que celui à qui il paye n'est lui-même qu'un mandataire? C'est ce qui paraît ressortir de la jurisprudence que nous avons rapportée plus haut; c'est ce qu'il nous est impossible d'admettre.

Et d'abord, où trouve-t-on établie cette distinction d'après laquelle le payement fait au mandataire serait valable dans le premier cas et nul dans le second? — Dans l'article 1994? Assurément non. — Dans l'intention du législateur? Il suffit de lire la discussion à laquelle cet article a donné lieu pour reconnaître que l'idée d'une distinction pareille y est absolument étrangère[1]. — Serait-ce dans la législation antérieure? Mais, au contraire, le droit romain n'admettait pas même l'idée d'un lien direct entre le mandant et le mandataire substitué, et Pothier poussait si loin la rigueur de ce principe qu'il décidait que les actes accomplis par le mandataire substitué n'engageaient pas le mandant s'il ne jugeait pas convenable de les ratifier[2]. — Dira-t-on que le mandataire substitué qui connaît le mandant originaire ne peut pas exciper, comme celui qui l'ignore, d'un payement fait de bonne foi? L'objection sera vraie, mais elle ne portera pas; car s'il est vrai que le mandataire substitué qui connaît le maître de l'affaire ne peut pas invoquer l'article 1240, il est

[1] V. Locré, *Lég.*, XV, p. 223, n° 27.
[2] Pothier, *Contrat de mandat*, n° 99.

Digitized by Google

non moins vrai qu'il peut invoquer l'article 1239 et soutenir qu'il est libéré parce qu'il a payé celui qui avait pouvoir de recevoir.

Il est facile de remarquer, en effet, que l'on ne pourrait refuser au mandataire substitué le bénéfice de cet article, sans violer tous les principes du droit et même de l'équité.— Lorsque le mandataire primitif a reçu le pouvoir de se substituer un tiers, il ne joue dans le fait de la substitution, nous l'avons dit, que le rôle de simple intermédiaire. En transmettant au substitué les pouvoirs qu'il a reçus, il se décharge de toutes les obligations et abdique tous les droits qui procédaient du mandat. Tout cela passe à son substitué, dont il ne répond pas[1], et qui devient, par conséquent, seul et directement l'obligé du mandant. — Tout autre est la situation du mandataire qui n'a pas reçu le pouvoir de substituer. Comme il ne peut, par sa seule volonté, se dégager des obligations qui le lient au mandant, la délégation qu'il fait de ses pouvoirs à une autre personne ne le laisse pas moins mandataire. Il demeure, au regard du mandant, tenu d'accomplir le mandat et responsable de l'exécution de l'affaire qui lui a été confiée. — Dans le premier cas, le mandataire substitué agit uniquement dans l'intérêt du mandant, puisque le mandataire primitif, disparu par le fait de la substitution, n'a plus aucun intérêt à l'exécution du mandat. Dans le second cas, au contraire, le substitué agit principalement dans l'intérêt du premier mandataire, puisqu'il accomplit l'acte dont celui-ci est tenu, et qu'il lui procure ainsi sa libération. Donc le substitué, qui était, dans le premier cas l'obligé du mandant, est, dans le second cas, l'obligé du mandataire, envers lequel il est tenu absolument comme celui-ci est tenu envers le mandant. — Si l'on rapproche ces deux idées, également incontestables,— persistance de l'obligation du mandataire envers le mandant,— obligation directe du substitué envers le premier mandataire, on voit qu'elles amènent forcément cette conséquence, que le premier mandataire a le droit d'exiger du substitué le payement entre ses mains du produit de l'opération. Il en a le droit, parce que le mandataire substitué est obligé envers lui comme il l'est lui-même

[1] Sauf, bien entendu, le cas où il a fait choix d'une personne notoirement insolvable ou incapable.

Digitized by Google

envers le mandant. Il en a le droit, parce qu'il n'a pas cessé d'être mandataire et représentant du mandant. Il en a le droit, enfin, parce qu'il est impossible qu'il soit tenu de rendre compte de l'opération au mandant, sans avoir le droit de s'en faire rendre compte à lui-même par son propre mandataire.— Nous ne comprenons donc pas comment on pourrait refuser de déclarer valable le payement fait par le substitué au premier mandataire, même lorsque le substitué connaissait le mandant. L'article 1994 crée, nous l'admettons bien, entre le mandant et le substitué, des liens d'obligation directe; mais nous ne voyons nulle part que la loi ait dérogé, dans ce cas particulier, aux règles ordinaires sur l'extinction des obligations. L'article 1239 doit donc s'appliquer à cette obligation particulière aussi bien que l'article 1240; on ne pourrait en écarter l'application qu'en décidant que le substitué n'est pas obligé envers le mandataire, ou que celui-ci n'a pas le pouvoir de recevoir pour le mandant; ces deux propositions sont aussi inexactes l'une que l'autre.

L'équité ne nous paraît pas moins blessée que le droit par la solution que nous combattons. Quelle faute a commise le substitué en payant entre les mains du premier mandataire ce qu'il sait être dû au mandant? — Pas d'autre évidemment que celle d'accorder à ce mandataire la confiance dont le mandant lui a le premier donné l'exemple. Si le mandant a eu le tort de choisir et de proposer à la confiance des tiers un mandataire insolvable ou infidèle, est-il juste que les tiers soient victimes des conséquences de son choix? On ne saurait l'admettre.

En définitive, le vice de la doctrine contraire nous paraît être dans la portée excessive qu'elle donne au droit d'action directe instituée par l'article 1994. — Être tenu d'une obligation directe envers une personne et ne pouvoir se libérer qu'entre ses mains sont deux choses fort différentes. Notre droit nous offre plus d'un exemple de ces actions directes qui peuvent être éteintes par un payement fait à une toute autre personne que celle à laquelle l'action est accordée. C'est ainsi, par exemple, qu'en vertu de l'article 1753 du Code civil, le propriétaire a une action directe contre le sous-locataire pour le contraindre au payement de ses loyers;

Digitized by Google

et cependant cette action est éteinte par le payement que le sous-locataire a fait sans fraude au locataire principal. C'est ainsi encore qu'aux termes de l'article 1798, les ouvriers employés à la construction d'ouvrages faits à l'entreprise ont, pour le payement de leurs salaires, une action directe contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, action qui est éteinte encore par le payement fait régulièrement à l'entrepreneur. L'action directe de l'article 1994 nous paraît devoir être soumise à des principes analogues, car l'étude des motifs de la loi démontre que cette action procède du même ordre d'idées et qu'elle est de la même nature que celles que nous venons de rappeler.

II

Pour prendre une idée exacte de la disposition légale qui nous occupe, il faut considérer d'abord la situation dans laquelle les parties seraient placées en l'absence de cette disposition. — Si le paragraphe final de l'article 1994 n'existait pas, le mandant ne pourrait trouver nulle part le principe d'une action directe contre le mandataire substitué. La convention et la loi, qui peuvent seules engendrer une obligation, feraient également défaut, puisque le mandataire substitué n'a point traité avec le mandant et n'est engagé qu'envers le premier mandataire. Le mandant ne pourrait donc atteindre le mandataire substitué que par l'action indirecte de l'article 1166. Mais l'emploi de ce moyen aurait pour lui deux principaux inconvénients : il le rendrait passible de toutes les exceptions opposables au mandataire et il l'obligerait de subir, sur le produit de son action, le concours des autres créanciers de celui-ci. La situation du mandant serait donc devenue fort mauvaise par l'effet de la substitution accomplie contre sa volonté. Il fallait garantir le mandant contre ce danger, et c'est cette garantie que le paragraphe final de l'article 1994 a eu pour but de lui donner. Quand on lit avec un peu d'attention la discussion à laquelle cet article a donné lieu au Conseil d'État et le rapport fait au Tribunat par M. Tarrible, on voit s'en dégager très-clairement cette idée, que la substitution faite par un mandataire qui n'y est pas autorisé est, sinon précisément une faute, au moins un fait grave, dangereux pour le mandant et contre les conséquences

Digitized by Google

duquel il importe de le protéger. C'est à cette idée seule que se rattache l'action directe de l'article 1994 et non pas à l'idée d'un rapport d'obligation quelconque entre le mandataire substitué et le mandant. — Si cela est vrai, il faut nécessairement en conclure que la portée de cette disposition de la loi doit s'arrêter là où cessent les motifs de son application. Or, lorsque le mandataire substitué a versé entre les mains du mandataire primitif le produit de l'affaire qui a fait l'objet du mandat, la substitution a accompli tout son effet; elle n'a plus pour le mandant aucune espèce d'importance. Les choses sont, à partir de ce moment, exactement ce qu'elles seraient si le mandataire primitif avait accompli l'affaire lui-même; ajoutons, surtout, elles sont telles que le mandant a entendu qu'elles fussent. Dès ce moment, le mandant n'a plus besoin d'être protégé contre les conséquences de la substitution; et comme, d'autre part, il répugne à l'idée du droit et même au sens commun que le substitué soit tenu envers le mandant d'autres obligations que celles qu'il a contractées envers le mandataire, on cherche vainement la cause juridique ou rationnelle qui pourrait permettre au mandant de revenir contre le substitué, lorsque celui-ci s'est libéré de ses obligations.

La disposition finale de l'article 1994 doit donc, à notre avis, être entendue en ces termes : le mandant a le droit de se faire rendre compte directement, par le mandataire substitué, de l'exécution du mandat, sans avoir besoin de se faire subroger au premier mandataire, sans subir le concours des autres créanciers de celui-ci, sans être passible d'aucune exception autre que celle tirée d'une libération effective; le mandataire substitué, qu'il ait connu ou ignoré le mandat primitif, est directement obligé envers le mandant; son obligation cesse lorsqu'il s'est effectivement libéré entre les mains du premier mandataire.

Nous venons de parler de libération effective; nous devons expliquer le sens que nous attachons à ce mot. — Nous n'admettons pas, en effet, que tous les modes de libération indistinctement soient efficaces pour le mandataire substitué. Il est évident, par exemple, que la remise de la dette ou la confusion ne peuvent produire aucun effet entre le substitué et le premier mandataire. La difficulté ne nous paraît pou-

Digitized by Google

voir naître qu'au sujet de la compensation. — Le mandataire substitué peut-il se libérer par compensation envers le mandataire substituant ? Nous pensons qu'il faut, pour résoudre cette question, distinguer d'abord entre la compensation légale et la compensation conventionnelle. La compensation légale nous paraît impossible dans tous les cas, c'est-à-dire même lorsque le substitué a ignoré l'existence du premier mandat. La loi, en effet, n'opère la compensation entre deux personnes que lorsqu'elles sont personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre ; cette condition essentielle fait défaut entre le mandataire principal et le mandataire substitué. Nous avons bien décidé que le mandataire principal avait le droit de contraindre le substitué à se libérer entre ses mains; mais cela ne suffit pas. Ce n'est pas pour lui, en effet, que le mandataire principal est créancier du produit de l'affaire, c'est pour le mandant; il n'est donc pas personnellement créancier. L'erreur dans laquelle le mandataire substitué peut être à cet égard ne change pas la réalité des choses et ne peut, par conséquent, suppléer à l'absence de la condition sans laquelle la loi n'accomplit pas l'extinction des deux dettes.

Quant à la compensation conventionnelle, nous croyons qu'elle est possible lorsque le mandataire substitué a ignoré l'existence du premier mandat, et c'est là que la distinction faite par la jurisprudence peut, selon nous, trouver son application juridique. — La compensation conventionnelle est une manière de se libérer; mais elle n'est praticable qu'entre deux personnes qui sont personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre. Voilà le principe posé dans la loi. Or, lorsque le mandataire et son substitué règlent entre eux au moyen d'une compensation, il est bien vrai que le substitué emploie un mode de libération sans retour, puisque le mandataire n'est pas personnellement son créancier, mais s'il a ignoré l'existence du mandat primitif, s'il a considéré le mandataire comme son créancier personnel, il devra être protégé par l'exception de bonne foi de l'article 1240. — Le mandataire substitué, au contraire, qui connaît le mandant primitif, ne pourra à aucun point de vue soutenir que la compensation qu'il aura faite soit libératoire. Il ne pourra, en effet, se retrancher, ni derrière l'article 1240, parce qu'il

Digitized by Google

aura su quel était le véritable créancier, ni derrière l'article 1239, parce que, obligé direct du mandant, il peut bien payer le mandant dans la personne du mandataire; mais en compensant avec le mandataire c'est celui-ci personnellement qu'il a payé, et non pas le mandant. En décidant que le mandataire substitué qui connaît l'existence du mandat primitif peut se libérer entre les mains du premier mandataire, nous devons donc ajouter que cette libération ne pourra résulter que d'un payement, c'est-à-dire de la prestation de ce qui est l'objet même de la créance du mandant.

JULES DRUJON.

QUESTIONS PRATIQUES

EN MATIÈRE D'ABORDAGE MARITIME.

Par M. DELOYNES, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

(*Suite*[1].)

14. Passons maintenant à notre deuxième affirmation, aux termes de laquelle l'assureur peut agir contre l'auteur de l'abordage du chef de l'assuré dont les droits et actions lui ont été transmis par l'effet du délaissement.

Notre démonstration sera courte; car l'article 385 du Code de commerce la rend très-facile. Il résulte en effet de ce texte que le délaissement transporte à l'assureur non-seulement la propriété des objets compris dans l'assurance, mais encore tous les droits et actions qui pouvaient compéter à l'assuré de ce chef. Or au nombre de ces droits figure l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'abordage. Donc cette action est transportée à l'assureur, qui peut agir contre le capitaine du navire abordeur au nom et du chef de l'assuré.

Cette doctrine, qui résulte des textes de notre Code de commerce, est conforme aux précédents historiques et a pour elle les deux plus grandes autorités de notre ancien droit en ces matières, Valin et Émérigon.

On lit, en effet, dans le commentaire de Valin sur l'article 51 du titre VI du livre III de l'ordonnance de 1681 (édition Bécane, p. 551) :

[1] Voir *Revue critique*, livraison d'août-septembre 1877, p. 581.

Digitized by Google

« Mais après le délaissement valablement fait, ce n'est plus « son affaire (l'affaire de l'assuré); c'est seulement celle des « assureurs qui, pour réclamer les effets assurés, n'ont pas « besoin de procuration de la part de l'assuré, comme il se « pratiquait autrefois d'après l'auteur du *Guidon*, chap. VII, « article 3. Par l'effet du délaissement, ils sont subrogés de « droit en son lieu et place, pour exercer tous ses droits sur « la chose, et même dès que la perte leur est dénoncée, ils « sont autorisés à veiller à la conservation des effets..... »

Valin, dans ce passage, parle, il est vrai, de subrogation; mais il est évident qu'il emploie cette expression dans son sens large pour indiquer la substitution d'une personne à une autre, et qu'il ne lui donne pas la signification spéciale et technique qu'elle avait reçue dans notre ancienne jurisprudence et qu'elle a conservée, sous l'empire de notre Code, dans la matière du payement avec subrogation. En effet, cette subrogation dont parle Valin, et qui s'opère par le seul effet du délaissement, c'est-à-dire de l'abandon des effets assurés et des droits y relatifs indépendamment de tout payement, ne présente aucun des caractères de la subrogation proprement dite; elle n'est en réalité qu'un transport, qu'une transmission de la propriété des objets assurés et de toutes les actions qui s'y réfèrent.

Émérigon nous le dit de la manière la plus formelle dans son *Traité des assurances* (ch. XVII, sect. 6, § 1) :

« Par le délaissement, l'assuré *subroge* les assureurs en son « lieu et place (Règl. d'Amsterdam, art. 8). Il *quitte* et *dé-* « *laisse* aux assureurs les droits, *noms*, raisons et *actions* de « la propriété qu'il a eue de la marchandise chargée (*Guidon* « *de la mer*, ch. VII, art. 1). *Le délaissement équipolle à un* « *transport* (*Guidon*, ib., art. 3; Valin, art. 51). »

Cette subrogation de l'assureur au lieu et place de l'assuré n'est donc en définitive qu'un transport, par l'effet duquel le premier est substitué au second et investi de tous les droits et actions qui appartenaient à ce dernier relativement aux choses assurées. Le législateur s'est contenté de conserver dans notre article 385 la doctrine traditionnelle, universellement admise dans l'ancienne jurisprudence européenne.

En vain objecterait-on en notre matière, comme on le fait en ce qui concerne les assurances terrestres, que ce trans-

Digitized by Google

port de l'action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'abordage est une véritable cession et que cette vente ne saurait être valable, parce que toute vente suppose un prix, et qu'ici il n'y a pas de prix. Je répondrai (et la réponse est péremptoire) que cet acte n'est pas une vente principale et directe de la créance, qu'il ne constitue pas une véritable cession; ce transport est simplement une condition du délaissement pour la validité duquel la loi exige que l'assuré transfère à l'assureur tous ses droits. Ce que le législateur a fait en matière d'assurances maritimes, les parties peuvent le stipuler par leur convention en matière d'assurances terrestres, et la validité de la clause, par laquelle l'assureur contre l'incendie ferait de ce transport la condition de l'engagement qu'il contracte d'indemniser l'assuré en cas de sinistre, ne me paraît pas pouvoir être sérieusement mise en doute.

De ce que ce transport ne constitue pas une cession proprement dite, parce qu'il n'y a pas de prix consistant en une somme d'argent, faut-il conclure que l'assureur sera saisi de la créance et de l'action qui lui sont transférées, par le seul consentement même à l'égard des tiers et qu'il ne sera pas nécessaire de procéder à la signification exigée par l'article 1690 du Code civil? Nous ne le pensons pas; nous croyons au contraire qu'il faudra se conformer aux prescription de cet article; nous sommes d'avis que l'assureur devra notifier au débiteur le transport de la créance et qu'il n'en sera saisi à l'égard des tiers que par cette signification ou par une acceptation authentique. En effet, la disposition de l'article 1690 du Code civil a été écrite dans l'intérêt du débiteur et dans l'intérêt des tiers; elle doit donc être interprétée dans un sens fort étendu, conformément aux intentions du législateur, bien que son caractère exceptionnel nous décide à la limiter aux cessions de créance. Or, toutes les fois qu'une créance est transmise par acte entre-vifs, il est nécessaire d'observer ces formalités pour porter à la connaissance du débiteur et des tiers le transport qui s'opère. Nous ne parlons ici que de transmissions entre-vifs, d'une part, parce que c'est l'hypothèse même sur laquelle nous discutons; d'autre part, parce qu'il n'entre pas dans notre intention d'aborder les controverses qui s'agitent sur ce point en matière de transmissions *mortis causa*, et notamment en ma-

Digitized by Google

tière de partage quand il s'agit de combiner les dispositions des articles 883 et 1220 du Code civil. (Comp. sur cette question, Demol., *Cours de Code Nap.*, t. XVII, n°s 292 et suiv., et les nombreuses autorités qu'il cite en sens divers; Aubry et Rau, *Cours de dr. civil*, 4e édit., t. VI, p. 659 et suiv., § 635, texte et spécialement note 7; Laurent, *Principes de dr. civ. français*, t. XI, n°s 49 et suiv., p. 57 et suiv.) De la règle que nous avons formulée, les auteurs ont déduit avec raison cette conséquence que les formalités de l'article 1690 doivent être observées par le donataire d'une créance et que celui-ci ne sera saisi à l'égard des tiers que par la signification de la donation au débiteur ou par son acceptation dans un acte authentique. (Sic Toullier, *le Droit civil français*, t. V, n° 183; Troplong, *Des donat. et des test.*, t. III, n° 1244; Demol., *Cours de Code Nap.*, t. XX, n° 228, 3°; Laurent, *Principes de dr. civ. franç.*, t. XII, n° 367.) Nous pouvons donc dire qu'en principe l'article 1690 du Code civil s'applique à toute transmission entre-vifs d'une créance; nous avons ainsi justifié la solution que nous avons admise en notre matière. Dans l'assurance maritime, le délaissement emporte transmission à l'assureur de la créance que l'assuré possédait contre l'auteur de l'abordage; dans l'assurance terrestre, l'acte par lequel le propriétaire assuré transfère à l'assureur l'action qui lui appartient contre son locataire en vertu des articles 1733 et 1734 du Code civil, constitue un transport de la créance, bien qu'il ne soit pas une véritable cession, et ces transports d'une créanee s'opèrent entre-vifs; donc il faut suivre l'article 1690.

La jurisprudence cependant a reculé devant cette conséquence logique et rigoureuse des principes les plus certains. Elle a décidé que les articles 1689 et 1690 du Code civil ne s'appliquent pas au délaissement en matière maritime. On lit dans un arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation du 4 mai 1836 (Sirey, 1836, I, 353) :

« Attendu que le délaissement du navire et de tous ses « droits, fait en 1793 par Monier aux assureurs, ne peut être « assimilé à un transport de créances; que le délaissement, « en pareille occurrence, est un moyen légal de transmission « de propriété du navire et conséquemment de l'indemnité « qui le représente; que, propriétaires de l'un et de l'autre, « les assureurs n'ont eu besoin de faire aucune signification

Digitized by Google

« ni au gouvernement espagnol, débiteur, ni au Trésor public « de France, payeur de cette indemnité; d'où il suit que les « articles 1689 et 1690 du Code civil étaient, sous ce rapport, « inapplicables à la cause. »

Cette argumentation n'ébranle en aucune façon la démonstration juridique sur laquelle nous avons fondé l'opinion contraire. Elle peut en effet se réduire à cette affirmation : les articles 1689 et 1690 ne s'appliquent pas à la cession d'une créance comprise dans le délaissement, parce que ce transport n'est pas l'objet direct et principal de l'acte intervenu entre les parties et parce que, si l'assureur peut exercer l'action qui appartenait à l'assuré, c'est qu'elle lui a été transmise à titre d'accessoire du navire dont il lui a été fait délaissement. Nous aurions compris que la Cour de cassation eût écarté l'application des articles 1689 et 1690, en se fondant sur ce que l'assureur serait subrogé aux droits et actions de l'assuré et sur ce que les formalités exigées par ces articles sont étrangères à lasubrogation; mais du moment où elle admet, comme nous l'avons fait nous-même, que l'assureur succède à l'assuré, non pas en vertu d'une subrogation, mais par l'effet du transport, conséquence du délaissement, nous ne voyons aucun motif pour le dispenser de l'accomplissement de ces prescriptions. Qu'importe qu'il s'agisse d'un transport principal ou d'un transport accessoire, il n'y a pas moins transmission entre-vifs d'une créance, donc on doit observer les articles 1689 et 1690. N'est-il pas, par exemple, généralement admis que, si le cessionnaire de droits successifs n'est pas soumis à l'article 1690, il n'est cependant saisi des créances héréditaires à l'égard des tiers que par la signification de la cession aux débiteurs ou par leur acceptation dans un acte authentique? (Sic Duvergier, *De la vente*, t. II, p. 427, n° 351; Marcadé, t. VI, p. 349, art. 1698, n° V. — *Contrà*, Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, n° 478, p. 470.) Dans ce cas, cependant, le cessionnaire n'acquiert ces créances qu'à titre de dépendances, d'accessoires des droits successifs qui lui sont transmis. N'existe-t-il pas une analogie complète entre les deux hypothèses, et ne faut-il pas les soumettre à la même règle, en vertu de la maxime : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus?*

La jurisprudence s'est également refusée à faire l'appli-

Digitized by Google

cation de l'article 1690 du Code civil, en matière d'assurances terrestres, à la cession que l'assuré s'était obligé de faire à l'assureur, de l'action à lui conférée par les articles 1733 et 1734 du Code civil contre le locataire de sa maison incendiée (Orléans, 26 août 1858, *Chevauché*; Dall. pér., 1859, II, 2). Nous ne pouvons trouver aucun motif à l'appui d'une doctrine qui introduit une exception sans texte, et nous dirons avec M. Laurent (*Principes de droit civil français*, t. XVIII, n° 103, p. 127) : « Si la clause litigieuse est une cession, il en faut conclure que le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification « ou par l'acceptation authentique que le débiteur fait de la « cession. La jurisprudence a reculé devant cette conséquence. Il a été jugé que la cession que l'assuré fait à « l'assureur de droits aléatoires est un acte *sui generis* qui « diffère essentiellement de la subrogation[1] réglée par les « articles 1250 et 1251, aussi bien que du transport de « créances de l'article 1690. La Cour d'Orléans en conclut « que la clause n'est pas soumise aux formes que la loi « prescrit pour le transport-cession. C'est admettre une exception sans texte; cela ne se peut. Que le droit cédé soit « éventuel ou actuel, toujours est-il que c'est un droit dont « la vente constitue une cession, à moins que l'acte ne puisse « être considéré comme une subrogation. Il faut choisir. « La vérité est qu'il n'y a pas de subrogation, puisqu'il « n'y a pas de payement, et il est difficile de voir une « vente dans la cession que l'assuré fait à l'assureur : car il « n'y a pas de prix véritable; l'indemnité qu'il touche lui « est due en vertu du contrat d'assurance, et lui serait due « indépendamment de toute cession qu'il ferait à l'assureur « de ses droits contre les tiers. La Cour d'Orléans a donc « raison de dire que c'est une cession d'une nature particulière; c'est dire qu'il y a une lacune dans la loi. Toujours « est-il que, dans le silence de la loi et par cela même qu'elle « ne déroge pas à l'article 1690, cette disposition est applicable. » C'est la conclusion à laquelle nous nous sommes

[1] M. Laurent ajoute bien « légale »; mais il est facile de voir par le renvoi qu'il fait à l'article 1250 qu'il a en vue toute espèce de subrogation. C'est pourquoi nous avons cru devoir, dans notre citation, effacer ce qualificatif et rectifier une légère inexactitude qui n'est qu'un *lapsus calami*.

Digitized by Google

arrêté et que la Cour de Paris a consacré par un arrêt du 22 août 1873 (*Prudhomme*, Sir., 1875, I, 211).

15. Revenons maintenant aux droits de l'assureur d'un navire naufragé; nous arrivons à notre troisième proposition, et nous avons à démontrer qu'il peut agir contre l'auteur de l'abordage de son propre chef, en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Le contrat d'assurance est un contrat consensuel; il est parfait dès l'instant que les parties y ont réciproquement donné leur assentiment. A partir de ce moment sont nées pour l'assuré et pour l'assureur certaines obligations corrélatives : pour l'assuré, celle de payer la prime; pour l'assureur, celle de couvrir les risques de la chose assurée. L'obligation de l'assureur est ainsi subordonnée à un événement futur et incertain. On ignore au moment de la convention si le risque prévu se réalisera. Le contrat présente donc, comme tous les contrats aléatoires, des chances de gain et de perte pour chacune des parties. Si le navire périt dans un naufrage, l'assuré peut faire le délaissement et exiger de l'assureur le payement de la somme stipulée dans la police d'assurance. Or lorsque l'événement, qui réalise le risque prévu, est le résultat du fait ou de la faute d'un tiers, celui-ci cause à l'assureur un préjudice dont il lui doit réparation en vertu du principe général de l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un « dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à « le réparer. » Pour obtenir cette juste réparation, l'assureur a une action en dommages-intérêts contre l'auteur de l'abordage; cette action, il l'exerce de son chef : car elle est née directement en sa personne, puisque le fait ou la faute du tiers responsable de l'abordage lui a personnellement causé un préjudice.

Contre cette solution, basée sur des règles élémentaires et incontestables, on formule néanmoins une objection, qui, au premier abord, paraît fort grave. Ce n'est pas, dit-on, l'abordage qui cause un préjudice à l'assureur, c'est le délaissement. Le propriétaire du navire naufragé aurait pu poursuivre l'auteur de l'abordage, obtenir contre lui une condamnation et recevoir de ses mains le payement de l'indemnité qui lui est due. Or, dans ce cas, l'assuré n'aurait pu exercer

Digitized by Google

aucune action contre l'assureur, ainsi que nous l'avons déjà démontré, et celui-ci n'éprouvant aucun dommage, n'aurait été investi d'aucun recours contre l'auteur de l'abordage. Donc le préjudice qu'éprouve l'assureur n'est pas le résultat de l'abordage, mais bien du délaissement opéré par l'assuré, conformément à la loi. Donc l'assureur ne peut pas, de son propre chef, invoquer l'article 1382 contre l'auteur de l'abordage, puisque celui-ci ne lui a causé aucun préjudice.

Cette objection, quoique très-sérieuse, ne saurait cependant modifier la solution à laquelle nous nous sommes ralliés. Quel est, en effet, le fait qui donne lieu à l'exercice du droit d'option conféré par la loi à l'assuré? C'est sans aucun doute l'abordage. Donc, si le propriétaire du navire abordé opte pour le délaissement, le préjudice qu'éprouve l'assureur est la conséquence directe d'une faute commise par l'auteur de l'abordage ou d'un fait qui lui est imputable. Le délaissement est une condition exigée par la loi de l'assuré, qui veut réclamer à l'assureur le montant intégral de la police d'assurance; mais il n'est pas la cause efficiente de ce recours; c'est l'abordage et la perte du navire qui l'engendrent en réalisant le risque prévu dans le contrat (Pardessus. *Cours de dr. commerc.*, t. II, n° 595 *quinquies;* Alauzet, *Commentaire du Code de comm.*, 2e édit., t. V, n° 2322; *Assurances maritimes*, t. II, n° 478.— Comp. dans le même sens en matière d'assurances terrestres : Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, n° 103; Civ. cass., 22 décembre 1852, *la Prudence*, Sir., 1853, I, 109).

16. Nous pouvons maintenant conclure que, dans le cas de délaissement, l'assureur, qui a payé le montant de la police d'assurance, a une double action contre l'auteur de l'abordage. Il peut, en premier lieu, agir contre lui du chef de l'assuré, comme ayant succédé, par l'effet du délaissement et du transport, qui en est la conséquence, à tous ses droits et actions relativement au navire assuré. Il peut, en second lieu, agir de son chef en vertu de l'article 1382 du Code civil. Ces deux actions lui offrent chacune des avantages particuliers; il choisira entre elles selon son intérêt.

17. Les solutions que nous venons de proposer auront, dans la pratique, une importance considérable, quand il s'agira de déterminer les exceptions ou les moyens de dé-

Digitized by Google

fense, que l'auteur de l'abordage pourra invoquer contre l'assureur. Nous ne voulons pas entrer dans l'examen de cette question, qui se résout sans difficulté à l'aide des principes du droit commun. Nous appellerons seulement l'attention sur les conséquences qu'entraîne, au point de vue de la compétence, le système auquel nous nous sommes arrêté.

Tout le monde connaît la disposition de l'article 14 de notre Code civil, aux termes duquel l'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français à raison des obligations par lui contractées envers des Français, soit en France, soit en pays étranger. Ce serait sortir du cadre restreint de cette étude que de vouloir présenter ici un commentaire complet de cette règle, examiner les nombreuses controverses que soulève son application, exposer et discuter les critiques qu'on lui adresse ; nous avons seulement l'intention de l'étudier dans ses rapports avec la question, qui fait l'objet particulier de cette première partie de notre dissertation.

Nous supposerons donc que l'auteur de l'abordage est un étranger, que le navire assuré et naufragé est étranger et appartient à des étrangers, mais que l'assureur est Français, et nous nous demanderons devant quelle juridiction ce dernier, auquel le navire a été délaissé et qui a payé le montant de l'assurance, peut poursuivre l'auteur de l'abordage. Peut-il l'actionner devant les tribunaux français en vertu de notre article 14, ou doit-il le citer devant les tribunaux étrangers ? Pour résoudre cette nouvelle difficulté, nous devons nous placer successivement au point de vue des deux actions qui, dans notre opinion, appartiennent à l'assureur.

18. Supposons d'abord que l'assureur agisse contre l'auteur de l'abordage par l'action directe, qui résulte, à son profit, de l'article 1382 du Code civil. Dans cette hypothèse, aucun doute ne nous paraît possible et il nous semble incontestable qu'il peut se prévaloir de la disposition de notre article 14 et citer son débiteur étranger devant les tribunaux français. Nous n'hésitons pas, en effet, à appliquer la règle de notre article 14 à tous les cas où un étranger se trouve directement obligé envers un Français, quelle que soit la source de son obligation, qu'elle dérive d'une convention, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi. Le

Digitized by Google

législateur, en édictant cette disposition, a eu pour but de protéger nos nationaux ; il a voulu leur procurer le moyen de poursuivre le recouvrement de ce qui leur est dû par un étranger sur les biens que celui-ci possède en France, d'une manière plus rapide et plus efficace qu'ils ne le pourraient en vertu de jugements rendus par les tribunaux étrangers ; il a voulu enfin les mettre à l'abri des lenteurs, peut-être même de la partialité des magistrats étrangers. Ce dernier motif appelle certainement des réserves ; la crainte qu'a manifestée le législateur, à notre avis du moins, n'est pas justifiée dans la plupart des cas ; elle a néanmoins été une des causes de l'insertion de cette disposition dans notre Code. Or, si le législateur a voulu protéger le Français devenu créancier d'un étranger, lorsque son droit a pour origine une convention librement et volontairement consentie, soit en France, soit en pays étranger, à combien plus forte raison lui doit-il la même protection, lorsque sa créance est née sans son consentement par la seule force de la loi ou par un quasi-contrat, et surtout lorsquelle a pris naissance malgré lui par le fait illicite de cet étranger, à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Il faut donc, pour se conformer aux intentions du législateur, généraliser la disposition de cet article 14 et appliquer la règle qu'il formule, dans tous les cas où un Français est directement devenu le créancier d'un étranger.

On peut bien opposer à cette solution les termes de la loi, qui ne parle que d'obligations *contractées*, et le caractère exceptionnel de cette disposition ! Sans entrer pour le moment dans de plus amples détails, je me contenterai de répondre que le but du législateur ne serait pas atteint si nous admettions cette interprétation judaïque du texte. Il faut donc le généraliser. On peut facilement, du reste, expliquer la formule de notre article. Si les rédacteurs de notre Code y ont employé cette expression, c'est parce qu'ils n'ont prévu que le cas le plus ordinaire C'est pourquoi les auteurs et la jurisprudence sont unanimes aujourd'hui pour appliquer l'article 14 à toutes les obligations dont un étranger peut être tenu envers des Français, sans se préoccuper aucunement de la cause qui les aurait engendrées (Aubry et Rau, *Cours de dr. civ.*, 3e édit., t. VI, p. 313, § 748 *bis*, texte et notes 5 et 6 ; Merlin, *Répert.*, v° ÉTRANGER,

Digitized by Google

§ 4; Demante, *Cours analyt.*, t. I, n° 29 *bis* II; Mourlon, *Répét. écrites*, t. I, n° 119; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 83, § 62, note 3; Dalloz, *Répert.*, v° DROIT CIVIL, n°s 263 et 264; Demol., *Cours de Code Napol.*, t. I, n° 250; Gand, *Code des étrang.*, n° 286; Soloman, *Cond. des étrang.*, p. 87; Dragoumis, *Cond. civ. de l'étrang.*, p. 125; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrang.*, p. 405, n° 87; Fœlix, *Droit intern. privé*, 4e édit., t. I, n° 175; Bonfils, *De la compét. des trib. franç. à l'égard des étrang.*, p. 71, n°s 71 et suiv.; Aix, 12 mai 1857, *Gauthier;* Sir., 1857, II, 721; Paris, 20 février 1864, *duc de Brunswick*, et sur pourvoi, Req. rej., 13 décembre 1865, Sir., 1866, I, 157).

Il est maintenant facile de répondre à la question que nous avons posée. L'assureur est Français; il est créancier personnel et direct de celui qui, par son fait ou sa faute, a causé l'abordage et la perte du navire assuré, dont le délaissement a été régulièrement consenti. Il peut en conséquence, si son débiteur est étranger, le citer devant les tribunaux français en vertu de l'article 14 du Code civil (Civ. cass., 12 août 1872, Sir., 1872, I, 323).

19. La question de compétence est beaucoup plus délicate, si l'assureur agit contre l'étranger, auteur de l'abordage, non plus de son chef et en vertu de l'article 1382 du Code civil, mais du chef de l'assuré et comme ayant succédé aux droits de celui-ci, soit en vertu du transport qui résulte, suivant nous, du délaissement, soit en vertu d'une subrogation, si, contrairement à notre opinion, on admet, en semblable matière, la possibilité ou l'existence d'une subrogation conventionnelle ou légale. Cette difficulté peut être envisagée d'une manière plus générale; elle se rattache directement comme l'individu au genre dont il fait partie, à une question qui peut être formulée de la manière suivante:

Le Français, cessionnaire d'une obligation née en pays étranger au profit d'un étranger et à la charge d'un autre étranger, peut-il invoquer le bénéfice de l'article 14 de notre Code civil, lorsque, comme dans notre hypothèse, il ne s'agit pas d'un effet négociable ou transmissible par la voie de l'endossement?

Nous pensons, malgré une très-vive controverse, que cette question doit être résolue affirmativement; nous croyons que

Digitized by Google

le Français, cessionnaire de la créance d'un étranger contre un autre étranger, est fondé à se prévaloir de notre article 14; nous considérons cette solution comme seule conforme soit aux caractères de la cession des créances, soit au texte de notre article, soit aux motifs qui en expliquent la disposition, soit enfin aux principes généraux du droit.

Cette opinion est seule en harmonie avec les caractères de la cession de créances. En effet, si, par suite du délaissement, qui lui a été consenti dans les conditions de la loi, l'assureur prend la place de l'assuré auquel il se trouve substitué, sa position n'est pas identique à celle qu'avait son auteur, de même que la position d'un cessionnaire n'est pas identique à celle de son cédant. Sans doute, la créance reste la même ; sans doute aucune novation ne s'est opérée par l'effet du transport; mais une importante modification a été apportée à ce rapport de droit : une personne nouvelle, l'assureur, a remplacé l'ancien titulaire de la créance, l'assuré. En d'autres termes, la créance continue de subsister, mais la personne du créancier est changée. De cette prémisse, M. Bodin, doyen de la Faculté de droit de Rennes, déduit cette conclusion qui nous paraît rigoureusement exacte : « Puisque la personne du créancier a changé, la position du « cessionnaire doit différer de celle du cédant : 1° quant à « toutes les qualités favorables ou défavorables qui étaient « inhérentes à la personne du cédant ; 2° quant à toutes les « qualités favorables ou défavorables qui se rencontrent dans « la personne du cessionnaire. » Tels sont les principes de la cession de créance. Si le transport laisse subsister le rapport de droit antérieur, il n'en fait pas moins disparaître la personne du créancier primitif, et avec celle-ci doivent disparaître tous les avantages qui y étaient attachés; une personne nouvelle apparaît, c'est le cessionnaire, il imprime à la créance l'empreinte de sa personnalité ; les qualités inhérentes à la personne affectent dorénavant la créance et elles nous servent à déterminer les avantages personnels dont il peut se prévaloir. Nous n'admettons à cet égard aucune distinction entre les qualités qui sont favorables et celles qui sont défavorables au débiteur ; les unes et les autres doivent également exercer leur influence sur les droits auxquels le cessionnaire pourra prétendre.

Digitized by Google

Cette doctrine, que nous établissons comme une règle générale et comme un principe de notre droit, entraîne des conséquences nombreuses, dont plusieurs sont admises sans contestation par les auteurs et par la jurisprudence.

C'est ce qui se présente notamment en matière de prescription. Si, par exemple, le cédant était mineur et cessionnaire majeur, la prescription, suspendue au profit du premier (art. 2252 C. civ.), courra certainement contre le dernier. De même, en sens inverse, si le cédant était majeur et cessionnaire mineur, la prescription qui courait contre le premier sera suspendue au profit du second.

Nous appliquerons, par identité de motifs, la même solution en matière de caution *judicatum solvi* (art. 16 C. civ., art. 166 C. pr. civ.). Le Français, cessionnaire de la créance d'un étranger contre un Français qui poursuit son débiteur en justice ne sera pas astreint à fournir la caution *judicatum solvi*, alors que son cédant aurait été tenu de cette obligation. En sens inverse, l'étranger, cessionnaire de la créance d'un Français contre un autre Français, s'il agit devant les tribunaux français contre son débiteur, sera tenu de fournir cette caution.

Il en était encore de même en matière de contrainte par corps lorsque cette voie d'exécution pouvait être employée contre tout étranger condamné par jugement rendu par un tribunal français au profit d'un Français. La contrainte par corps était encourue, alors même que l'obligation avait primitivement été contractée au profit d'un étranger et que le Français n'était devenu titulaire de la créance que par l'effet d'un transport-cession.

Nous pourrions multiplier ces exemples; nous considérons comme préférable d'en arrêter ici la nomenclature, parce que, en suivant notre principe dans ces nouvelles conséquences, nous aborderions des questions controversées étrangères à notre sujet. Nous nous croyons donc autorisé à poser en règle générale que la cession de créance ne modifie pas le rapport de droit créé par la volonté des parties, qu'elle apporte seulement un changement dans la personne du créancier; et nous en concluons que ce changement réagit, non pas sur la créance, qui reste la même, mais sur les avantages personnels dont le créancier peut se prévaloir.

Digitized by Google

Si nous faisons l'application de ces principes à la question que nous examinons, la solution qui doit lui être donnée se déduit logiquement de nos prémisses. Le bénéfice de notre article 14 est attaché à la qualité de Français; c'est un privilége que notre loi accorde au Français créancier d'un étranger : or, par l'effet de la cession qui lui en a été consentie par l'étranger envers lequel l'obligation avait été primitivement contractée, la créance appartient à un Français : donc, il peut citer son débiteur étranger devant les tribunaux français.

Nous venons d'affirmer que le bénéfice de l'article 14 de notre Code civil est concédé par la loi à tout Français créancier d'un étranger. On le conteste et l'on révoque ainsi en doute la vérité de la conséquence déduite par nous du principe qui sert de fondement à notre opinion. L'article 14 du Code civil constitue, dit-on, une dérogation à cette règle de justice et d'équité consacrée par toutes les législations : *actor sequitur forum rei.* Il doit, en conséquence, comme toute exception, être interprété d'une manière limitative : or, le texte suppose une obligation qui a pris directement naissance au profit d'un Français, puisqu'il nous parle d'obligations *contractées avec un Français, envers un Français:* donc c'est dans ce cas, et dans ce cas seulement, qu'il devra recevoir son application. Ces conditions ne sont certainement pas réalisées lorsque le Français n'est devenu créancier de l'étranger que par l'effet d'une cession à lui consentie par un étranger titulaire primitif de la créance, ainsi que cela se produit dans le cas de délaissement. Il ne peut donc pas invoquer l'article 14 de notre Code civil.

Cette interprétation n'est pas fondée seulement sur le texte de la loi, elle est corroborée par les motifs qui expliquent l'insertion de cette disposition dans notre Code. La règle *actor sequitur forum rei* a été édictée (nul ne le peut contester) dans l'intérêt du défendeur, que l'on n'a pas voulu permettre de soustraire à ses juges naturels; sa violation donne naissance, dans les procès entre Français, à une exception d'incompétence *ratione personæ.* Relative et personnelle, cette incompétence est couverte par le silence ou par la renonciation du défendeur à ce moyen de défense. Tels sont les principes du droit commun; ils nous donnent le sens de

Digitized by Google

l'article 14 et ils nous indiquent la portée de la dérogation qu'il consacre. Sa disposition repose, en partie tout au moins, sur cette considération que l'étranger, devenu débiteur d'un Français, est présumé avoir renoncé au bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei*. Or, si cette présomption peut se justifier quand l'étranger traite directement avec un Français ou s'oblige directement envers lui, il en est autrement quand il a primitivement contracté avec un étranger et quand le Français n'est devenu son créancier qu'en vertu d'une cession ou d'une transmission à laquelle le débiteur étranger n'a pas donné son consentement. Il est impossible d'admettre, dans cette hypothèse, cette présomption de renonciation qui justifie notre article 14; car, au moment où il contractait, le débiteur connaissait la nationalité de son cocontractant; il savait que celui-ci n'était pas Français; il a dû penser, en conséquence, que les difficultés qui pourraient prendre naissance seraient décidées par ses juges naturels, qu'elles ne seraient en aucun cas jugées par les tribunaux français. Le soustraire à la juridiction des magistrats sur l'impartialité desquels il a compté serait se jouer indignement de la foi due aux conventions. Les rédacteurs de notre Code n'ont donc pas admis une solution aussi manifestement contraire à l'équité, et les juges français sont incompétents pour connaître de semblables litiges.

Nous croyons avoir exposé avec la plus scrupuleuse fidélité l'argumentation de nos adversaires; nous avouons avec une entière franchise ne pouvoir y adhérer, malgré le profond respect que nous professons pour les jurisconsultes qui en acceptent la conclusion. Nous n'éprouvons aucune peine à reconnaître que notre article 14 est exceptionnel, si on le compare aux dispositions des lois étrangères; mais si nous l'envisageons, comme nous devons le faire, au point de vue exclusif de notre loi française, nous croyons qu'il renferme une règle générale, qu'il ne constitue pas une disposition exceptionnelle; nous pensons que sa disposition doit être appliquée avec toute l'étendue que le législateur lui a donnée. S'il était vrai, comme on le prétend, que l'article 14 contient une dérogation aux principes du droit commun, et si l'on en concluait logiquement qu'il doit être interprété d'une manière restrictive, on se verrait conduit à des consé-

Digitized by Google

quences devant lesquelles reculent nos adversaires eux-mêmes. En effet, cet article parle d'obligations *contractées* par un étranger envers un Français. Limitant rigoureusement son application à l'hypothèse qu'il prévoit expressément, nous serions ainsi amenés à décider qu'il est spécial aux obligations nées des contrats et qu'il est étranger à celles issues d'une autre origine. Or, nous l'avons vu, la jurisprudence et les auteurs sont aujourd'hui unanimes pour condamner cette interprétation; on est d'accord pour en étendre l'application à toutes les obligations sans distinction, aussi bien à celles qui résultent de la loi, des délits, des quasi-délits, des quasi-contrats, qu'à celles qui doivent leur naissance à une convention. Nous n'avons pas besoin, il nous semble, d'aller plus loin, et nous avons ainsi démontré, à l'aide d'un argument dont nos contradicteurs ne peuvent pas contester la valeur, que l'article 14 constitue, au point de vue de la loi française, une règle de droit commun, et doit, en conséquence, recevoir application toutes les fois qu'un Français sera devenu créancier d'un étranger : or, lorsqu'un Français a acheté d'un étranger une créance contre un autre étranger, il est devenu le créancier de celui-ci : donc il peut se prévaloir du bénéfice de notre article 14 et citer son débiteur étranger devant les tribunaux français.

C'est en vain que, à défaut du texte, on essaye de fonder une interprétation restrictive sur les motifs de la loi; notre esprit se refuse à admettre que le législateur ait vu, dans le fait de l'étranger qui traite avec un Français, une renonciation au bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei*. Car, si telle était la raison d'être de la loi, sa disposition ne devrait s'appliquer qu'au cas où l'étranger aurait eu connaissance de la nationalité de son cocontractant ou de celui vis-à-vis duquel il se trouvait obligé. Ce n'est qu'à cette condition que la conduite de l'étranger implique une renonciation tacite, à défaut d'une manifestation expresse de volonté, au droit qui lui appartiendrait de n'être jugé que par les tribunaux de sa nation. La jurisprudence cependant repousse avec raison cette distinction qu'aucun texte ne consacre (V. en ce sens Paris, 3 juin 1872, *Mellerio*, Sir., 1872, II, 293); elle condamne en conséquence le principe duquel elle résulterait nécessairement. A ce premier point de vue, nous dirons

Digitized by Google

donc que l'article 14 n'a pas pour fondement une présomption de renonciation au bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei.* A l'appui de cette conclusion, nous pouvons en outre invoquer le texte même de notre article. En effet, il permet au créancier français de citer son débiteur étranger devant les tribunaux français, alors même que le contrat a été consenti en pays étranger. Or, il est impossible de présumer que dans ce cas l'étranger ait eu l'intention de renoncer au bénéfice de la règle *actor sequitur forum rei.* Pourquoi ne serait-ce pas, au contraire, le Français qui aurait abdiqué les avantages de sa loi nationale et qui aurait consenti à se soumettre à la juridiction étrangère, lui qui a quitté sa patrie, lui qui a traité avec un étranger en pays étranger, peut-être même au domicile de son débiteur? Le motif que l'on invoque ne suffit donc pas pour expliquer notre article 14; sa disposition n'a pas pour base une présomption de renonciation, et l'opinion, à laquelle cette idée sert de fondement, ne saurait être accueillie. D'autres considérations ont guidé le législateur; on peut en contester la justice ou l'exactitude, mais elles n'en constituent pas moins la raison d'être de la loi. Le législateur a voulu par ce moyen, comme nous l'avons déjà dit, protéger nos nationaux contre l'incapacité, l'inexpérience ou la partialité des magistrats étrangers; il a voulu leur éviter les lenteurs et les frais d'un procès en pays étranger; enfin il a cru que, par une juste réciprocité, il devait permettre au créancier français de citer son débiteur étranger devant les tribunaux français, puisqu'il autorisait le créancier étranger à poursuivre son débiteur français devant les juridictions françaises. Tous ces motifs existent non-seulement lorsque le Français est directement devenu créancier d'un étranger, mais encore lorsqu'il n'a acquis cette qualité que par l'effet d'une cession à lui consentie par un créancier étranger; ils se présentent alors avec la même force et la même puissance; il est donc logique d'appliquer la même règle dans les deux hypothèses.

On a enfin déduit une dernière objection contre la solution que nous proposons, de ce principe de bon sens que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Les rédacteurs de notre Code l'ont implicitement consacrée par la

Digitized by Google

disposition de l'article 1295 du Code civil, qui en fait l'application en matière de compensation. Or, dans l'hypothèse que nous avons supposée, le créancier primitif étant étranger ne pouvait pas invoquer l'article 14 de notre Code civil, ni, par conséquent, citer son débiteur étranger devant les tribunaux français. Donc il n'a pas pu transmettre au Français, son cessionnaire, un droit qui ne lui appartenait pas; et le débiteur étranger, assigné devant les tribunaux français quoique non domicilié en France, peut décliner leur compétence. C'est par cette règle que s'expliquait et se justifiait l'article 177 de l'ordonnance de Blois de 1579. D'après cet article, ceux qui avaient obtenu le privilége de *committimus*, c'est-à-dire le droit de distraire leurs débiteurs de leurs juges naturels, ne pouvaient en jouir, ainsi que l'avait réglé l'article 56 de l'ordonnance d'Orléans de 1560, que « pour droits que « lesdits privilégiés auraient de leur chef ou à cause de leurs « femmes seulement et non en vertu de cession ou trans- « port. » Or, s'il en était ainsi relativement à un privilége dont l'unique résultat était de contraindre un débiteur à plaider devant des juges, qui, pour n'être pas ceux de son domicile, n'en rendaient pas moins la justice au nom de son souverain, à plus forte raison doit-il en être de même pour un privilége, dont l'effet est de soumettre un prétendu débiteur à une juridiction qui lui est absolument étrangère, et que son souverain naturel ne reconnaît peut-être même pas.

Cette objection donne, à mon avis, à la maxime *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* une extension qu'elle ne comporte pas. Elle nous est indispensable pour déterminer les droits que le cessionnaire peut exercer du chef du cédant parce qu'il les a acquis de celui-ci. A ce point de vue, le débiteur cité jouit de la faculté d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre le cédant; il peut notamment se prétendre libéré par l'effet d'un payement effectué, d'une compensation opérée, d'une prescription accomplie antérieurement à la signification qui lui a été faite de la cession. Mais là s'arrête la sphère d'application de cette règle, et elle est absolument étrangère aux droits qui seraient nés directement dans la personne du cessionnaire, et que celui-ci ne tiendrait pas de son cédant. C'est ainsi que la prescription, qui courait contre le cédant,

Digitized by Google

est suspendue au profit du cessionnaire, si celui-ci est mineur. Dans ce cas, le cessionnaire peut se prévaloir d'un droit que son cédant n'aurait pu invoquer. Il en est de même du Français cessionnaire d'un créancier étranger. Lorsqu'il invoque le bénéfice de notre article 14, ce n'est pas du chef du cédant; il tient ce droit de sa qualité de Français, il l'exerce en son nom personnel et de son propre chef; il en a la faculté, car nous sommes obligés, pour être logiques, de lui permettre de bénéficier de tous les avantages attachés à sa personne et notamment du droit que notre article 14 consacre à son profit.

Est-il nécessaire de répondre maintenant à l'argument tiré de l'ordonnance de 1579? Rien ne nous sera plus facile. Le privilége de *committimus* constituait, dans notre ancienne jurisprudence, une dérogation aux principes généraux de nos lois; il avait pour résultat d'enlever les justiciables à leurs juges naturels; il s'étendait aux nationaux eux-mêmes; pour tous ces motifs, il devait être interprété d'une manière restrictive et son application renfermée dans les limites les plus étroites. Tout autre est notre article 14; il renferme, ainsi que nous l'avons démontré, une règle générale et de droit commun. Il n'existe donc aucune analogie entre sa disposition et le privilége de *committimus;* on ne peut, en conséquence, pour son interprétation, tirer aucun argument des règles admises dans notre ancien droit, relativement à un privilége qui en diffère aussi profondément.

Concluons donc que le Français, créancier d'un étranger, a toujours le droit de citer son débiteur devant les tribunaux français, même dans le cas où il n'a acquis cette qualité que par l'effet d'une cession, à lui consentie par un créancier étranger.

On se récrie et l'on s'effraye des conséquences de notre doctrine, on nous montre les étrangers constamment distraits de leurs juges naturels et traduits, en vertu de notre article 14, devant les tribunaux français; on signale avec crainte les sérieux dangers qu'un pareil état de choses peut faire courir à nos rapports internationaux. Je ne partage, à aucun degré, ces appréciations pessimistes; je ne crois ces dangers ni aussi nombreux ni aussi redoutables qu'on veut bien l'affirmer. L'intérêt du créancier français servira évidem-

Digitized by Google

ment de limite à l'exercice de son droit. Il ne s'en prévaudra que si son débiteur étranger a sa résidence en France ou s'il y possède des biens sur lesquels il puisse, en vertu du jugement, poursuivre l'exécution forcée de son obligation.

Telle est la théorie que, suivant nous, le législateur a eu l'intention de consacrer et a sanctionnée par notre article 14; si nous en faisons l'application à l'hypothèse qui nous a servi de point de départ, nous dirons : L'assureur français du navire étranger naufragé, dont le délaissement lui a été régulièrement consenti, peut agir contre l'étranger, propriétaire du navire abordeur, en qualité de successeur aux droits et actions de l'assuré ; il peut donc le citer devant les tribunaux français, en vertu de l'article 14 de notre Code civil. (V., en ce sens, Demangeat sur Fœlix, 4e édit., t. I, p. 358; Bodin, *Revue pratique*, 1858, t. V, p. 448 et suiv.; Dalloz, *Répert.*, v° Droit civil, n° 278 ; Pardessus, *Dr. comm.*, t. IV, n° 1478; Bonfils, *De la compét. des trib. franç. à l'égard des étrang.*, p. 61, n° 67 ; G. Delisle, *Principes de l'interpr. des lois*, t. I, p. 454; Rivière, *Jurispr. de la Cour de cassat.*, n° 28; Trochon, *les Étrang. devant la justice franç.*, p. 140 et suiv.— V.. en sens contraire, Demol., *Cours de C. Nap.*, t. I, n° 250 ; Merlin, *Quest.*, v° Étranger, §4, n° 3 ; Fœlix, *Dr. intern. priv.*, 4e édit., t. I, n° 173 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 85, § 62, note 4; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ.*, 3e édit., t. VI, p. 314, § 748 *bis*, texte et note 10; Massé, *Dr. comm.*, t. II, n° 196; Dragoumis, *Cond. civ. de l'étrang.*, p. 127 ; Coin-Delisle, *Jouissance et priv. des dr. civ.*, p. 37, nos 8 et 9 ; Cadrès, *Modif. du Code civ.*, p. 11 ; Nouguier, *Des trib. de comm.*, t. II, p. 426; Bruxelles, 25 mars 1826, rapporté dans Dalloz, *Répert.*, v° Droit civil, n° 276; Douai, 27 février 1828, *Hermesy*, Sir., 1828, II, 284; Poitiers, 5 juillet 1832, *Bewscher*, Sir., 1832, II, 441 ; Req. rej., 20 janvier 1833, *Inglée*, Sir., 1833, I, 100; Paris, 27 mars 1835, *Doumerc*, Sir., 1835, II, 218 ; Paris, 1er mars 1856, *Landsberg*, Sir., 1857, II, 109; Paris, 14 avril 1860, *Cloudt-Aulit*, D. P., 1861, V, 196. — Comp. pour le cas où le cédant et le cessionnaire sont l'un et l'autre Français, Req. rej., 5 novembre 1873, *Glissenti*, Sir., 1874, I, 433.) DELOYNES.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

FONDATION DE LA SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DES PRISONS,

SON PREMIER BULLETIN ET SES PREMIERS TRAVAUX.

Par M. P. Bujon.

Les divers gouvernements qui se sont succédé en France n'ont pas négligé d'appeler l'esprit d'association à concourir à l'amélioration des prisons et de leur régime pénitentiaire. C'est ainsi que fut créée, en 1819, la *Société royale des prisons*, dont la principale utilité fut d'appeler l'attention de l'opinion publique sur la nécessité de s'occuper de l'état des prisons. Mais sa mission était plutôt de combattre des abus, depuis si longtemps enracinés, que d'introduire les principes fondamentaux d'un régime pénitentiaire qui ne s'était pas encore produit. Ainsi l'atteste, du reste, le résultat du concours qu'elle avait ouvert sur la recherche des principes applicables à l'amélioration des prisons; car l'ouvrage de M. Danjou, avocat à Beauvais, qu'elle couronna comme l'expression la plus avancée des idées du temps, ne contenait aucune de celles révélées plus tard par les études théoriques et pratiques de la science pénitentiaire.

Le décret du 6 octobre 1869, qui instituait la commission supérieure pour le patronage des libérés, indiquait par ce seul titre un progrès considérable dans la marche de la réforme des prisons et témoignait combien cette réforme s'était déjà empreinte des principes développés en 1836 par l'auteur de la *Théorie de l'emprisonnement*.

A côté de l'initiative gouvernementale s'est produite l'initiative parlementaire, à laquelle on doit l'utile et remarquable enquête sur le régime pénitentiaire, décrétée par l'Assemblée nationale le 26 mars 1872, et dont M. le vicomte d'Haussonville fut à la fois l'heureux promoteur et l'habile rapporteur. Ce fut enfin sous l'impulsion de la commission d'enquête parlementaire que se constitua le conseil supérieur des prisons, institué par décret du 3 novembre 1875, en exécution de la loi du 5 juin de la même année. Mais l'exemple de l'initiative gouvernementale et de l'initiative parlementaire n'avait pas encore stimulé l'initiative sociale, et

Digitized by Google

la France n'avait pas, comme d'autres pays, une institution née du libre concours de l'esprit d'association appliqué à la réforme des prisons; car la célèbre société dont M. Ch. Lucas fut, avec le vénérable Bérenger (de la Drôme), le promoteur en 1833, était spéciale au patronage des jeunes libérés de la Seine.

Il s'agissait donc de créer en France une société libre des prisons semblable à celles qui, à Londres et à New-York, comptent tant d'années d'une utile existence. C'est dans ce but que plusieurs hommes généreux et éclairés se réunirent au mois de mars dernier chez M. le sénateur René Bérenger, afin de jeter les fondements d'une association pour les progrès de la réforme pénitentiaire, sous le titre de *Société générale des prisons*. Les fondateurs se proposaient d'atteindre ce but, d'abord en instituant des réunions périodiques où seraient examinées toutes les questions qui ont trait au régime de nos établissements pénitentiaires; puis en assurant la publicité la plus large aux réformes accomplies à l'étranger, aux travaux, aux observations dont il serait utile de saisir l'opinion publique; enfin en apportant un concours dévoué aux sociétés de patronage et aux commissions de surveillance. Ils voulaient, en un mot, créer un centre d'étude, d'action et d'informations où pourraient se rencontrer tous ceux qui s'intéressent au succès de la réforme pénitentiaire.

Cette institution répondait si bien aux besoins et à l'esprit du temps qu'elle compta bientôt près de 500 adhérents appartenant aux deux Chambres, à la magistrature, à l'administration, à l'Institut, au barreau, au commerce et à l'industrie.

Le premier numéro du *Bulletin* de cette société, qui vient de paraître, contient un exposé préliminaire du but de la société par M. Fernand Desportes, secrétaire général, qui développe avec une grande clarté le but de la fondation de la société, à laquelle il a pris une part si active et si méritoire; le compte rendu sténographique des deux séances des 7 et 27 juin; un mémoire sur *les moyens de combattre la récidive* par M. le comte de Sollohub, conseiller privé de S. M. l'empereur de Russie; un rapport sur *la situation actuelle du patronage des libérés adultes en France*, par M. Léon Lefébure,

Digitized by Google

ancien député, et se termine par une *Revue pénitentiaire* comprenant le compte rendu de M. Louis Paulian, sur la session de juin du conseil supérieur des prisons; la statistique pénitentiaire en Prusse; la circulaire de M. le ministre de l'intérieur sur les institutions de patronage; la Société de patronage pour les prisonniers libérés protestants, par M. le Courbe; et enfin les notices nécrologiques relatives à M. le vicomte de Melun et Mlle Mary Carpenter.

I

Les deux premières séances.

C'est le compte rendu sténographique des deux séances des 7 et 27 juin, présidées, l'une par M. Ch. Lucas et l'autre par M. Dufaure, qui doivent appeler particulièrement l'attention.

La première, comme séance d'installation, avait pour objet la constitution d'un bureau provisoire, afin de procéder à l'élection du président, des vice-présidents et du conseil de direction.

Au début de la séance, M. le sénateur René Bérenger dit qu'il est d'usage, quand une assemblée se constitue, de désigner le doyen d'âge pour prendre place au fauteuil, mais qu'il serait assez difficile, au milieu d'une réunion si nombreuse, de découvrir un doyen : aussi espère-t-il que l'assemblée voudra bien acclamer, comme président provisoire, M. Ch. Lucas, membre de l'Institut. « S'il n'est pas, ajoute-t-il, le plus âgé d'entre nous, il est bien assurément, ici, le doyen et comme le patriarche de la science pénitentiaire. » (Marques unanimes d'approbation.)

M. Ch. Lucas, après avoir pris place au fauteuil de la présidence, a tracé dans une allocution fort applaudie qui a duré près de deux heures, l'exposé historique de la réforme pénitentiaire en France pendant les cinquante dernières années, exposé qui était pour lui, a-t-il dit, un devoir de conscience dans l'intérêt de la vérité historique, parce que les faits relatifs à la réforme pénitentiaire en France étaient généralement ignorés à l'étranger et insuffisamment connus de la France elle-même, et un devoir de patriotisme, parce que

Digitized by Google

la connaissance de ces faits devait donner à l'étranger une notion plus exacte des services que la France avait rendus à la réforme pénitentiaire, et qui ont été insuffisamment appréciés.

Passant de l'ordre des faits à l'ordre des principes, M. Lucas a caractérisé le but de la réforme pénitentiaire, qui n'était aucunement une réforme philanthropique et qui n'était pas seulement un progrès de civilisation, mais un grand problème d'ordre social, dont la solution s'imposait à notre époque. Elle était le corollaire de la prépondérance de l'emprisonnement temporaire dans le domaine de la pénalité moderne, car du moment où le législateur accroît chaque jour l'extension de l'emprisonnement temporaire, l'intérêt de la sécurité publique et privée demande à la réforme pénitentiaire une garantie contre le péril de la récidive.

Répondant à la sévérité exagérée de ceux qui reprochent à la réforme pénitentiaire de n'avoir pas encore suffisamment réalisé la garantie que l'ordre social en attend, M. Lucas rappelle que le problème de l'éducation dans la société et dans la famille, qui s'est posé il y a plus de vingt siècles, se discute encore; et l'on voudrait que celui de l'éducation pénitentiaire en France, qui date à peine de cinquante ans, fût déjà résolu!

Il termine par ses regrets de ne pouvoir apporter un concours à cette utile société dont il y a tant de bonnes espérances à concevoir et tant d'utiles résultats à attendre; son infirmité le condamne à prendre sa retraite. Mais en cessant d'être un serviteur actif, il ne restera pas au sein de l'étude méditative un serviteur moins dévoué à la réforme pénitentiaire, sans s'exagérer du reste l'importance de ce dévouement.

« Une réforme civilisatrice, dit-il, telle que la réforme pénitentiaire, n'interrompt pas son cours; notre dévouement à tous tant que nous sommes, ne se dément pas sans doute; pourtant nos forces s'épuisent; après avoir fourni notre étape, nous sommes obligés de nous arrêter. Mais le char de la réforme se borne à renouveler son attelage, et ne se ralentit jamais. »

Cette séance d'installation se termine par la constitution définitive du bureau, composé du président, M. Dufaure; de

Digitized by Google

quatre vice-présidents, MM. Bérenger, sénateur; Bétolaud, bâtonnier de l'ordre des avocats; l'amiral Fourichon, sénateur; Mercier, premier président à la Cour de cassation, et de vingt membres du conseil de direction.

La seconde séance s'ouvre par la remarquable allocution de M. Dufaure, où se trouve la mâle éloquence de l'éminent orateur qu'il faudrait toujours pouvoir citer pour conserver l'autorité de sa parole et la vigueur de sa pensée.

Après avoir exprimé que depuis longtemps il a compris le mal auquel le but de cette société est de remédier, il déclare qu'il aime à réunir les deux idées de *répression pénitentiaire* et de *gouvernement parlementaire;* il cite les deux ordonnances du 18 août 1814 et du 9 septembre suivant, par lesquelles le roi Louis XVIII, trois mois après avoir promulgué la Charte, prescrivait de consacrer à titre d'essai une maison spéciale à cent jeunes condamnés au-dessous de vingt ans, pris parmi les autres condamnés des prisons de la Seine, pensée à laquelle il ne fut pas malheureusement donné suite.

La réforme des prisons a trouvé bien des obstacles dans nos temps troublés, mais il reconnaît néanmoins que beaucoup de résultats ont été obtenus, et qu'il importait de constater. « L'honorable doyen de cette assemblée, dit-il, s'est « chargé de vous présenter le récit complet, le bilan, l'in- « ventaire de tout ce qui a été fait jusqu'à l'époque où nous « parlons. Il a pris l'idée de l'amendement à son origine; il « a montré comment elle ne pouvait être conciliable qu'avec « la détention temporaire; il a constaté comment, peu à peu, « elle s'est étendue, comment elle avait été propagée, les « obstacles qu'elle avait rencontrés, l'assentiment qu'elle « avait recueilli de la part de quelques-uns des plus grands « esprits de notre époque. Il a tout dit : les résultats qui ont « été obtenus et les lacunes qui restent encore à combler.

« Après cet exposé impartial et sûr, fait par un des ouvriers « de la première heure, je me garderai bien, messieurs, de « chercher à la recommencer. Seulement, je m'imagine, — « j'avais le malheur de ne pas être présent à votre séance, « — je m'imagine, dis-je, que lorsque l'honorable M. Charles « Lucas vous racontait la suite de ces idées utiles, successi- « vement émises, les unes réalisées, les autres à réaliser, il « lui était imposible de ne pas éprouver une joie intérieure

Digitized by Google

« en voyant peu à peu accueillis par la pratique et justifiés « par les résultats attendus, des projets dont lui-même avait « été le premier initiateur! Heureux, en effet, messieurs, « celui qui peut persévérer dans les convictions de sa jeunesse « et qui, arrivé à un âge avancé, voit en pratique, pour le « bien de son pays, les progrès qu'il avait rêvés et provo- « qués! »

Revenant aux deux idées du régime pénitentiaire et du gouvernement parlementaire qu'il arrive à réunir, l'éminent orateur rappelle que c'est encore au milieu du gouvernement parlementaire que la question pénitentiaire s'est réveillée en France dans ces dernières années.

« On comptera, dit-il, parmi les services rendus par l'As- « semblée nationale, l'accueil qu'elle a fait aux projets de « réforme pénitentiaire, la grande enquête qu'elle a instituée, « et enfin le commencement de législation très-heureusement « combinée qu'elle nous a laissé. »

M. Dufaure exprime ensuite que la création de cette société n'a pu être inspirée à ses fondateurs par un sentiment de défiance dans la direction de l'administration pénitentiaire, car ils savent qu'elle est confiée à des mains habiles et dévouées. Cette société ne vient pas donner à l'administration publique une rivale, mais une auxiliaire, et son principal but est de stimuler et éclairer l'opinion publique qui montre trop de tiédeur, parce qu'elle est insuffisamment initiée à l'importance de la réforme des prisons dans l'intérêt social. « Il « est impossible, dit M. Dufaure, que nous ne parvenions pas « à émouvoir l'opinion publique et à trouver près d'elle une « force qui profite à l'administration publique et à nous. » Puis il ajoute : « C'est une véritable agitation salutaire et « féconde, renfermée dans le sujet pour lequel nous nous « réunissons, que nous voulons produire dans notre pays. « Eh bien! ne nous décourageons pas, entreprenons har- « dimènt cette œuvre.

« D'ailleurs, permettez-moi de le dire, indépendamment « du grand bien que vous pouvez faire, le sujet par lui-même « présente assez d'attraits pour attirer et séduire des esprits « élevés et sérieux.

« Comment, messieurs, il s'agit d'une étude approfondie « sur le droit de punir de la société, sur l'étendue qu'il peut et

Digitized by Google

« doit avoir, sur les tempéraments qui doivent y être appor-
« tés, sur les désordres que le crime peut jeter dans l'âme
« humaine, sur les moyens de le corriger, sur les dangers qui
« peuvent l'aggraver; que sais-je? Le sujet est assez large,
« assez vaste pour que chacun de vous en comprenne toute
« l'étendue et ne recule pas devant l'attrait qu'il peut avoir.
« Et si j'avais besoin de montrer ce que ces études ont d'at-
« trayant, je vous demanderais la permission de le faire par
« deux exemples.

« Vous avez entendu l'autre jour un publiciste, un philo-
« sophe vous exposer toutes les études qui ont été faites sur
« la répression pénale depuis cinquante ans.

« Il y a cinquante ans, en effet, qu'il obtenait d'une société,
« — je ne sais plus laquelle, — une récompense éclatante
« pour un ouvrage sur la répression pénale. A la même épo-
« que, son ouvrage donnait lieu à un travail remarquable de
« M. le duc Victor de Broglie, sur le droit de punir apparte-
« nant à la société.

« Depuis, et pour entrer intimement dans son sujet, il a
« consenti à faire partie de l'inspection de l'intérieur afin
« d'étudier, jusque dans les derniers détails, l'administration
« répressive; plus tard et même retiré chez lui, il a fondé
« dans sa campagne un établissement de jeunes détenus,
« pour étudier de nouveau, pour s'occuper encore de ce
« sujet qui avait été l'occupation de toute sa vie; enfin il ve-
« nait l'autre jour vous en parler avec une ardeur toute juvé-
« nile; avec l'enthousiasme de ses premières années.

« Ne faut-il pas qu'il y ait quelque chose de passionnant,
« d'attrayant, dans des études de cette nature?

« Quant à l'autre exemple, j'ai connu, messieurs, dans
« mes premières années, déjà bien lointaines, un homme qui
« a été successivement l'honneur des deux Chambres de la
« Monarchie de juillet, la Chambre des députés et la Cham-
« bre des pairs; qui, au milieu de ses vastes connaissances
« sur le droit criminel et pénal, s'est attaché particulière-
« ment à la question qui vous occupe, la répression péni-
« tentiaire; il y a consacré bien des rapports et bien des tra-
« vaux justement estimés. Cet homme, nous ne l'avons plus
« parmi nous; mais son fils est venu, dans nos Assemblées
« législatives, continuer les travaux de son père; il a reçu

Digitized by Google

« cette gloire, ces études, ces travaux, commme un héritage « paternel, et je puis dire, maintenant, qu'il défend cet « héritage avec le même zèle et la même considération dont « son père était entouré.

« Voilà les deux exemples que j'ai à vous donner. Je crois « qu'ils doivent encourager chacun de nous dans le travail « que nous entreprenons aujourd'hui. »

Les deux allocutions de MM. Charles Lucas et Dufaure ont l'importance d'un événement heureux pour la réforme pénitentiaire; car, dans l'un, se trouvent le résumé des faits et le développement des principes auxquels se rattache le programme de cette réforme, et l'autre donne à ce programme une adhésion d'une grande valeur.

M. Dufaure est, en effet, l'un des ministres de l'intérieur qui, pendant le cours de leur administration, ont montré la sollicitude la plus active et la plus éclairée pour la réforme des prisons. Il avait institué près de lui, au ministère de l'intérieur, un conseil consultatif, composé des hommes les plus autorisés, qu'il présidait avec une scrupuleuse assiduité. C'est M. Dufaure qui, sur la proposition de M. Lucas, organisa, sur une base normale, l'inspection générale des prisons, des établissements de bienfaisance et des asiles d'aliénés, par l'arrêté du 25 novembre 1848, approuvé par le chef du pouvoir exécutif.

II

Mémoire de M. le comte Sollohub.

Par le titre de *Société générale des prisons*, les fondateurs indiquaient qu'ils faisaient appel au concours des hommes généreux qui, dans tous les pays civilisés, s'intéressaient à la réforme pénitentiaire, et c'est à un étranger, M. le comte Sollohub, conseiller privé de S. M. l'Empereur de Russie, et président de la Commission impériale pour l'étude de la réforme pénitentiaire, que la courtoisie française a voulu donner la parole pour la lecture du premier mémoire soumis à l'examen de l'Assemblée, et qui avait pour objet *la recherche des moyens de combattre la récidive*[1]. M. le comte Sollohub

[1] Voir sur le même sujet l'ouvrage de M. d'Olivecrona, conseiller à la

Digitized by Google

regarde comme un grand honneur d'avoir obtenu la parole. Il est étranger, mais il croit que les hommes de la même science sont compatriotes, et que le bien de l'humanité est la patrie universelle.

« Le respectable doyen de notre société, M. Charles Lucas, « nous a exprimé l'autre jour, dit-il, que la peine de l'em- « prisonnement devait poursuivre trois buts :

« 1° L'intimidation,

« 2° La répression,

« 3° L'amendement.

« Ce résumé, si court et si judicieux, dénote de bien gran- « des études et doit servir d'*axiome*.

« Cet axiome, qui détermine le problème, en signale en « même temps les difficultés énormes. »

Il ajoute que cette science a déjà fait de magnifiques efforts, et obtenu de beaux résultats, en supprimant les aggravations inutiles des principes d'intimidation et de répression; mais que, jusqu'ici, elle avait échoué devant le problème de l'amendement ou de la prévention de la récidive.

Nous ne pouvons entrer ici dans les développements qui conduisent l'auteur à conclure que la peine de mort et la transportation pénale ne sont pas des peines normales, et nous ne prétendons pas contredire sa conclusion. Il ne reconnaît ce caractère qu'à celle de l'emprisonnement qu'il définit, comme l'avait fait avant lui Rossi, la peine par excellence chez les peuples civilisés.

L'auteur se demande pourquoi cette peine par excellence n'a pu encore, selon lui, exercer aucune influence sur la diminution des récidives. Nous disons : « Selon lui »; car l'auteur, au lieu de procéder par la démonstration de la proportion des récidives, se borne à une affirmation. Ainsi son point de départ est une assertion qu'il ne justifie pas par la citation des documents statistiques dont il entend se prévaloir. En ce qui concerne la France, son assertion est contredite par les renseignements que M. Lucas

Cour suprême de Suède, publié à Stockholm en 1873 avec cette dédicace : « A M. Charles Lucas, membre de l'Institut, qui, en 1828, a donné à la ré- « forme pénitentiaire sa première histoire et, en 1836, sa première théorie. » Cet ouvrage a été traduit en français en 1874 et en italien en 1876.

Digitized by Google

a indiqués dans son allocution, et qu'il avait puisés à la source authentique des comptes rendus de la justice criminelle sur le mouvement de la criminalité et de la récidive. — Il résulte de ces renseignements qu'en France l'élément progressif à ce double point de vue est le délit. Le chiffre des crimes contre les personnes est stationnaire, et il y a diminution dans celui des crimes contre les propriétés.

Quant au mouvement des récidives dont la réforme pénitentiaire est seule responsable, il y a diminution considérable depuis 1830, parmi les jeunes détenus; la décroissance est accentuée parmi les libérées des maisons centrales de femmes, et l'accroissement, qui ne porte que sur les hommes libérés des maisons centrales, concerne surtout ceux qui ont fait le plus court séjour. Cette proportion pour les hommes a été, pour les trois périodes décennales de 1842 à 1872, de 37, 38 et 39 p. 100. C'est un chiffre assurément trop élevé qui ne répond pas à l'efficacité qu'on doit attendre d'un bon régime pénitentiaire, et ainsi se trouve justifiée l'utilité des recherches que s'est proposé l'auteur pour la diminution des récidives.

Le premier moyen, suivant l'auteur, de diminuer la récidive, est d'avoir un cadre scientifique et rationnel pour la division des établissements de détention et la graduation, sous ce rapport, de l'échelle pénale.

« M. Charles Lucas, dit-il, a admirablement compris que, « dans l'emprisonnement, c'était le temps de la captivité « qui devenait le mobile principal de l'action pénitentiaire. « Aussi a-t-il réuni les contraventions et les délits en un « seul groupe, comportant ce qu'il a intitulé la courte durée. « Puis, en regard du Code, il a englobé les peines pour « crimes sous la rubrique des longues durées, et, enfin, il a « signalé une forme d'emprisonnement qui est nulle dans les « échelles pénales, mais d'une extrême importance au point « de vue de la récidive, c'est-à-dire l'emprisonnement pré- « ventif.

« Telle est donc la classification établie, pour les prisons, « par M. Lucas :

« 1° Prisons préventives, pour les détenus avant jugement;

« 2° Prisons pour les peines de courte durée;

« 3° Prisons pour les peines de longue durée. »

Digitized by Google

Après avoir montré que le principe de la durée que M. Lucas a donné pour base à la théorie de l'emprisonnement est généralement admis comme tel aujourd'hui par les praticiens, M. le comte Sollohub demande à M. Ch. Lucas d'élargir son classement en y introduisant la prison de durée moyenne. Les prisons seraient ainsi divisées, non en trois, mais en quatre catégories :

Prisons préventives,
Prisons de courte duréee,
Prisons de *durée moyenne,*
Prisons de longue durée.

« Il n'y aurait plus, dit-il, de nécessité de poursuivre la « récidive au hasard ou en bloc, on pourrait l'attaquer « partiellement, isolément et spécialement dans chaque « genre d'emprisonnement. Il y aurait un système pour la « prévention et chaque période de durée. »

Il développe, avec insistance et sagacité, les motifs qui lui font attacher une grande importance à la prison de durée moyenne.

Un des grands avantages du principe de la durée comme base de la division des différentes catégories de prisons, fut, comme le fait judicieusement observer l'auteur, d'indiquer au régime de l'emprisonnement individuel la place rationnelle qui lui était affectée, et la limite qu'il ne devait pas franchir; et ce fut là l'un des plus grands services que M. Lucas rendit à la science pénitentiaire par sa *Théorie de l'emprisonnement*. M. le comte Sollohub regarde l'emprisonnement individuel comme utilement applicable à la prison préventive et à la prison de courte durée; mais il ne doit pas aller au delà.

L'honorable M. Dufaure a parlé, dans son éloquente allocution, de la satisfaction que devait éprouver l'auteur de la *Théorie de l'emprisonnement* en voyant aujourd'hui l'adhésion des criminalistes et le témoignage de l'expérimentation confirmer un si grand nombre des principes qu'il avait émis, et dont quelques-uns avaient été si vivement combattus. Parmi ces derniers, il en est un qui, s'il voit s'accroître chaque jour le nombre de ses adhérents, compte encore aujourd'hui de nombreux et imposants adversaires, c'est celui de l'inadmissibilité du régime cellulaire pour les condamnés

Digitized by Google

à long terme autrement que pour la séparation de nuit. Rien de surprenant dans l'opposition prolongée que rencontre sur ce point la *Théorie de l'emprisonnement*, quand on se reporte à l'état des choses et des esprits à l'époque de sa publication. Tous les criminalistes en Europe et aux États-Unis vivaient alors sur cette idée, ou plutôt sur cet axiome, que la vie en commun dans les prisons avait pour conséquence inévitable d'engendrer la corruption mutelle, et qu'elle était, à ce titre, incompatible avec le régime pénitentiaire. Toute la science pénitentiaire paraissait donc consister alors à supprimer la vie en commun. Dans sa *Théorie de l'emprisonnement*, M. Lucas, heurtant l'opinion si généralement dominante à cette époque parmi les criminalistes, partait du principe que, loin d'être un obstacle à l'éducation pénitentiaire, la vie en commun était son moyen essentiel, et qu'ainsi, au lieu de la supprimer, il fallait songer à l'organiser dans les conditions que réclamait l'efficacité d'une discipline pénitentiaire. Quand une théorie se produit avec un principe fondamental qui vient contredire l'opinion dominante au moment de son apparition, alors même qu'elle a pour elle la vérité, il faut nécessairement bien du temps avant que cette vérité finisse par prévaloir; et si l'on peut être surpris d'une chose, c'est du terrain qu'a déjà conquis le principe précité de la *Théorie de l'emprisonnement*. Dans une récente communication à l'Institut, M. Lucas a constaté que le système cellulaire, qui en Europe et même en France, ainsi que l'atteste le projet de loi de M. de Tocqueville, de 1846, s'était produit comme une panacée universelle applicable à tous les détenus de tout âge, de tout sexe et pour tous les degrés de la détention, était aujourd'hui hors de cause sur la question d'âge par rapport aux jeunes détenus. Quant à la question de la durée, qui devait être illimitée pour les condamnations à long terme, elle est déjà descendue aujourd'hui à quatre ans en Norwége, à trois ans et demi en Danemark, à trois ans en Allemagne et en Autriche, à deux ans en Suède et en Hollande, à un an en Suisse et à neuf mois en Angleterre et en France. Il est vrai qu'en Belgique cette durée est encore de dix ans au pénitencier de Louvain. Mais le pénitencier de Louvain, comme on l'a dit spirituellement, est en quelque sorte une curiosité que la

Digitized by Google

Belgique tient à conserver, comme se rencontrent dans nos jardins botaniques ces serres chaudes, où à force de dépenses, de soins et de précautions, on est parvenu à faire vivre ou plutôt végéter des plantes exotiques sous ce climat factice.

On trouve une nouvelle preuve de la décadence du système cellulaire dans le témoignage suivant d'une grande valeur de M. le comte Sollohub, qui a pour lui l'autorité d'une haute position officielle et d'une longue expérience pratique.

« Dans une prison, dit-il, c'est l'avenir qui est à préparer. « Les règles de cet avenir ne seront jamais acceptées par les « détenus sur les injonctions impérieuses de l'autorité. « Elles peuvent l'être, *grâce à la moralisation collective qui « est bien autrement efficace que la moralisation individuelle.* « Le bien peut être une contagion comme le mal; le tout « est de savoir s'y prendre. » Il cite les résultats obtenus de moralisation collective dans la vie en commun au sein des établissements de jeunes détenus, notamment dans l'institution de Hambourg, fondée par le docteur Wicheren; de Mettray, par M. de Metz; du Val-d'Yèvre, par M. Lucas [1].

Pourquoi la vie en commun qui, par une bonne organisation de la discipline, se prête au régime pénitentiaire pour les jeunes condamnés serait-elle incompatible avec ce régime, du moment où il s'agit de condamnés adultes? M. le comte de Sollohub invoque, à cet égard, son expérience personnelle en citant une prison qu'il a dirigée à Moscou avec une discipline qui puisait son efficacité dans une bonne organisation de la vie en commun.

[1] Voir dans la *Revue critique de législation*, nouvelle série, t. II, janvier 1873, l'organisation disciplinaire de la colonie du Val-d'Yèvre, par M. Ch. Lucas : « Partout où il y a, dit-il, réunion d'individus, il se pro- « duit un esprit de corps. C'est à une discipline intelligente à ne pas laisser « cet esprit de corps naître et se développer de lui-même, mais à savoir « prendre les devants, en s'attachant avec le plus grand soin à le former et « à le diriger. La discipline, qui sait créer l'esprit de corps de la réunion « d'individus qu'elle est chargée de diriger, y trouve sa force. Mais si elle « ne sait pas s'approprier cet esprit de corps, du moment où elle ne l'a « pas pour elle, elle l'a contre elle; et alors c'est là son plus grand obstacle « et la cause principale de ses embarras et de ses échecs. »

Digitized by Google

Ainsi se trouve confirmé par M. le comte Sollohub cet axiome posé par l'auteur de la *Théorie de l'emprisonnement*, « qu'avec le régime cellulaire on peut faire de l'emprison- « nement répressif à courte durée, mais qu'on ne saurait « faire de l'emprisonnement répressif et pénitentiaire en « dehors de la vie en commun, laquelle il ne s'agit donc pas « de supprimer, mais d'organiser dans les conditions de mo- « ralisation collective, en conformité de la sociabilité, qui « est la nature de l'homme, et en vue du milieu social d'où « vient le condamné et où il doit retourner à l'époque de sa « libération.

« Deux voies, a dit M. Lucas, se présentaient, il y a qua- « rante ans bientôt, à la réforme pénitentiaire : l'une était « celle de poursuivre la moralisation individuelle par le ré- « gime cellulaire, que lui recommandait le système pensyl- « vanien, sans distinction des condamnations à courtes ou à « longues durées, et l'autre celle de la moralisation à la fois « individuelle et collective par une bonne organisation dis- « ciplinaire du régime de la vie et du travail en commun « que conseillait notre théorie pour les condamnés à long « terme. On se précipita dans la première voie avec un en- « gouement général que bien des mécomptes ont singulière- « ment refroidi. Beaucoup avouent maintenant qu'on a fait « fausse route, et l'on commence à s'apercevoir que ce qu'il « y a d'incompatible avec le régime pénitentiaire relatif « aux condamnés à long terme, ce n'est pas, comme on « l'avait d'abord cru, la moralisation collective de la vie en « commun, mais la moralisation même individuelle avec le « régime cellulaire. Moralisation à la fois collective et in- « dividuelle, tel est le problème à résoudre pour la réforme « pénitentiaire, et qu'on ne prétende pas que la solution soit « introuvable, lorsqu'on n'a fait encore que si peu d'efforts « et depuis si peu de temps pour y parvenir, et lorsque déjà « elle s'est en partie réalisée pour les jeunes détenus. Cher- « chez bien, cherchez mieux, et vous la trouverez également « pour les condamnés adultes; mais ne vous lassez pas de « chercher jusqu'à ce qu'elle se soit rencontrée, car il faut « nécessairement y arriver. Qu'il s'agisse, en effet, de faire « l'éducation de l'homme à un titre quelconque, péniten- « tiaire ou autre, il faut agir en conformité de la sociabilité

Digitized by Google

« qui est la loi de sa nature et de l'état social qui est la con-
« dition de son existence.

« Encore une fois, sous l'influence des séjours prolongés,
« la vie cellulaire ne peut réaliser, ni la moralisation indivi-
« duelle, puisque ce n'est pas en conformité, mais au rebours
« de la nature sociable de l'homme qu'elle procède, et puis-
« que encore, comme on l'a si bien dit, pour sauver la con-
« science, il ne faut pas tuer la raison[1]; ni la moralisation
« collective, puisqu'elle n'a pas la collectivité. La moralisa-
« tion collective et la moralisation individuelle ne sont pos-
« sibles que par une bonne organisation disciplinaire de la
« vie et du travail en commun : là seulement on peut arriver
« à l'une et à l'autre et à l'une par l'autre. La réforme péni-
« tentiaire dans les séjours prolongés se fera par une bonne
« organisation disciplinaire de la vie et du travail en com-
« mun, ou elle ne se fera pas. »

On peut voir par cette citation avec quelle persévérante conviction l'auteur de la *Théorie de l'emprisonnement* affirme ses principes; à cet égard, et avec quel bon sens philosophique et pratique, sa logique inexorable renferme ses adversaires dans une impasse d'où ils ne peuvent sortir qu'en se ralliant complétement à cette théorie, acceptée par eux sur tant de points, mais si vivement combattue sur celui-là.

Il est bien désirable, du reste, que l'accord s'établisse relativement à l'influence que la Société générale des prisons est appelée, suivant l'éloquente allocution de M. Dufaure, à exercer sur l'opinion publique dans l'intérêt de la réforme pénitentiaire; car l'union fait la force, et il ne faudrait pas voir se reproduire aujourd'hui la vivacité de la polémique de 1840 à 1846.

III

Nous avons déjà mentionné que le *Bulletin de la Société générale des prisons* contenait le compte rendu de la seconde session du conseil supérieur des prisons (juin 1877), par M. Louis Paulian[2]. C'est un précédent qui permet d'es-

[1] Voir *Étude sur la question des peines*, par M. Michaux, directeur des colonies, membre du conseil supérieur des prisons, 2e édition.

[2] Voir notamment compte rendu de la première session dans la livraison de mars 1877, p. 213, de la *Revue critique*.

Digitized by Google

pérer qu'on trouvera désormais dans le Bulletin de la Société les comptes rendus des sessions de ce conseil, et qu'on pourra ainsi en suivre utilement les travaux.

La question du patronage des libérés est trop importante pour qu'on en parle incidemment. Nous nous bornons donc à mentionner l'intéressant rapport de M. Lefébure, ancien député, sur la *situation actuelle du patronage des libérés adultes en France*, dans lequel il constate le concours sympathique qu'a rencontré la généreuse initiative de M. Jules de Lamarque à cet égard. Nous désirons avoir l'occasion de revenir sur ce rapport, qui mérite une sérieuse attention, ainsi que sur celui de M. le Courbe relatif *au patronage des prisonniers libérés protestants*, et enfin sur les documents administratifs qui se rattachent à l'œuvre du patronage.

Rien de plus touchant que la notice nécrologique consacrée par M. Desportes à M. le vicomte de Melun, dont il apprécie si dignement les titres qui ont mérité à ce publiciste une place si honorable dans les annales du bien.

Le premier bulletin de la Société générale des prisons ne pouvait mieux se terminer que par les quelques pages que, dans un langage si persuasif et si convaincu, son estimable compatriote, M. Murray Browne, a consacrées à la notice nécrologique de miss Carpenter, dont les amis de la réforme pénitentiaire doivent, dans tous les pays, vénérer la mémoire. Quand d'aussi admirables et persévérants dévouements se produisent, il faut en perpétuer le souvenir; car ils n'honorent pas moins la réforme qui les a inspirés que la mémoire de ceux qui en ont donné l'exemple. P. BUJON.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE,

Par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

VII[1].

SOMMAIRE.

A. Collections, mélanges et périodiques généraux. — B. Encyclopédie du droit. — C. Droit romain et histoire du droit romain. — D. Droit civil. — E. Organisation judiciaire et procédure civile. — F. Droit commercial, maritime et industriel. — G. Droit criminel et statistique pénale. — H. Droit public, constitutionnel et administratif. — I. Droit international public, privé et pénal. — J. Enregistrement. — K. Notariat. — L. Histoire du droit et des Universités; biographie des jurisconsultes. — M. Droit naturel, philosophie du droit, philosophie sociale. — N. Enseignement du droit. — O. Législations étrangères. — P. Économie politique et statistique.

A. Collections, mélanges et périodiques généraux[2].

COLLECTIONS DE TEXTES LÉGISLATIFS.

233. *Chronique législative* : supplément au *Monitore dei tribunali* de Milan, collection des lois, décrets, circulaires, avis, et en général de toutes les dispositions qui ont un caractère plus ou moins législatif et qui présentent un intérêt général; paraissant par semaine avec deux tables, l'une par ministères et l'autre alphabétique des principales matières; avec le *Monitore*, 36 fr. par an; *Chronique* seule, 12 fr.; *Monitore* seul, 28 fr. pour l'étranger (pour l'Italie, 32, 10 et 26 fr.). Milan, Dr Giovanni Porro, via Solferino, 22. 18me année en 1877.

234. *Annuaire législatif* ou recueil des lois, décrets et règlements du roy. d'Italie, avec les motifs parlementaires et officiels, par Casorati, Cosenza, Debenedetti et Lucchini. Rome, 1877; 1re année, 1877; 7 fr.

COLLECTIONS ET MÉLANGES DE LÉGISLATION, DOCTRINE ET JURISPRUDENCE GÉNÉRALES.

234 *bis*. Actes du premier congrès juridique italien, tenu à Rome en 1872. Rome, impr. Sinimberghi, 1872, 704 p. gr. in-4°.

235. Encyclopédie légale, répertoire de jurisprudence et de doc-

[1] V. les nos 1-VI ci-dessus : I, t. Ier, p. 724-736; II-V, p. 50-61, 183-192, 232-246, 428-448; VI, t. III, 706-718.

[2] C'est-à-dire embrassant plusieurs des grandes divisions du droit; les collections, mélanges et périodiques qui sont spéciaux à l'une des branches du droit seront indiqués ci-après, à chacune des matières qui en forment l'objet.

Digitized by Google

trine civile, commerciale, criminelle, administrative, canonique, de droit public, naturel et des gens; Franc. Foramiti. Naples, 1864-68, 5 vol. in-8°; 70 fr.

236. Répertoire général de jurisprudence civile, pénale, commerciale et administrative du royaume d'Italie depuis l'unification législative (1866-1875), par E. Pacifici Mazzoni; Turin-Rome-Pise, union typographique (21me livraison, en juin 1877; v° *Compromis;* 2 fr. 50 la livraison).

237. Annuaire de législation et de jurisprudence, L. Morpurgo; 1re année, 1875, 360 p. in-8°. Turin, union typographique; 5 fr.

238. L'unification et la réforme de la législation civile, pénale et administrative du roy. d'Italie. Discours et rapports de P. S. Mancini (aujourd'hui ministre de la justice), 1861-1876. Rome, 1876, Botta, 807 p. in-8°; 8 fr. — 39 discours (unification législative; codification internationale, 1862; abolition du contentieux administratif, 1864; unification des Codes italiens, 1865; du Code pénal et abolition de la peine de mort, 1865; réforme du Code de commerce, 1869; organisation du jury, 1874; Cour de cassation unique et sections temporaires à Rome, 1875; réforme du serment, 1876). — Sept rapports (affranchissement des canons emphytéotiques, *livelli*, *censi*, *decime* et autres, 1862, 1864, 1865, 1876; contrainte par corps en matière civile et commerciale, 1863; juridiction consulaire en Égypte, 1875; conflits d'attribution, 1875).

239. Le droit italien, Ces. Nani. Turin, 1874. Ses caractères; manière de le cultiver; fruits à attendre de son étude (discours à l'Université).

240. Nécessité et moyens de remédier à l'agglomération excessive des lois promulguées dans le royaume d'Italie; Ces. Norsa, *Annali*, IX, 3, 68, et à part 12 p. gr. in-8°. (En faire un Digeste, soumis à révision périodique.)

241. Les travaux du ministère de grâce et de justice en Italie. I, ministère Vigliani, 1871-1873; II, ministère Vigliani et Mancini, 1873-1876; F. Serafini, *Arch. giur.*, XII, 119-137; XVIII, 117-160.

242. F. Manduca, études juridiques, économiques et sociales. Catane, 1873, 477 p. in-8°; 6 fr. (Droit civil, action possessoire du bailleur contre le locataire, droit d'accroissement entre colégataires d'usufruit, nature des testaments, péremption d'inscription, service militaire et rapport; droit pénal, séduction, liberté provisoire, etc.; droit public, instruction et liberté, etc.).

243. Diom. Marvasi, discours et réquisitoires. Naples, 1876, de Angelis.

244. Nic. Nicolini, œuvres. Naples. 1872.

245. G. N. Pepoli, écrits politiques et économiques. Bologne. 1874, Zanichelli, 3 vol. in-8°.

246. Romagnosi G. D., ses œuvres éditées et inédites, mises en

Digitized by Google

ordre et publiées par Al. de Giorgi. Palerme, Pedone Lauriel; en cours de publication; doivent paraître en 160 livraisons de 48 p. à 85 cent.

247. R. Savarese, plaidoyers, avec notice biographique. Naples, 1876, CIII-413 p. in-8°.

248. Ant. Silva, chanoine *vicedomo* de Plaisance, recueil d'opuscules en matière juridique. Plaisance, 1875, Marchesott (Droit civil : interprétation de l'article 768 du Code civil italien (art. 908 du Code français), incapacité de recevoir des enfants naturels; différence entre la prescription et les déchéances; nouvelle interprétation de l'article 67 du Code civil (faculté d'appel contre le refus de consentement au mariage) et défense de cette interprétation. — Droit ecclésiastique : conversion des biens ecclésiastiques en rentes sur l'État, bénéfices supprimés; affranchissement des biens des *capellanies* non bénéficiaires.

PÉRIODIQUES GÉNÉRAUX.

A la liste de ceux que nous avons déjà indiqués (*suprà*, n°s 45 et 46) nous ajoutons la suivante, d'après les villes où ils paraissent.

249. Bologne. *Rivista giuridica*, journal théorique et pratique de jurisprudence civile, commerciale et pénale; 2 fois par mois; 12 fr. par an.

250. Florence. *Monitore dei pretori;* 2 fois par mois; 9 fr. par an.

251. Gênes. *Eco di giurisprudenza* (principalement les décisions de la Cour d'appel de Gênes); 2 fois par mois; 20 fr. par an. T. 1er, 1877.

252. Modène. *Rivista legale parmense-modenese*, par les prof. Adeod. Bonasi et S. Campani. T. 1er, 1876.

253. Naples. *Il Filangieri*, revue mensuelle des sciences juridiques et politiques, par les prof. Froio, Persico, Pessina et Polignani; directeur, G. Trono; 16 fr. par an. T. 1er, 1876.

254. Naples. *Monitore giudiziario*. 2 fois par mois; 5 fr. par an. T. 1er, 1874.

255. Naples. *Sommario della giurispr. ital.*, par une société de jurisc.; directeur, Macchiaroli, 2 fois par mois; 24 fr. par an. T. 1er. 1875.

256. Rome. *Il foro italiano*, recueil général de jurisprudence civile, commerciale, pénale et administrative; directeurs, Baccelli, Mecacci et Scialoja. 2 fois par mois; 25 fr. par an.

257. Rome. *L'Italia giuridica*, collection économique de toute la jurisprudence italienne : 1re partie, jur. civile, commerciale et pénale; 12 fr. par an; 2me partie, jur. administrative et financière, 8 fr.; 2 fois par mois; directeurs, Fazio et Borselli.

258. Rome. *La Cassazione*, recueil général critique des décisions des Cours suprêmes d'Italie en matière civile, commerciale, pénale et de droit public; directeur, Franceschini; 12 fr. par an.

Digitized by Google

259. Rome. Collection complète des décisions de la Cour de cassation de Rome; directeurs, Tancredi, Tutino et Rossi; une fois par mois; 20 fr. par an.

260. Rome. *La Corte suprema di Roma*, recueil des décisions de cette Cour dans les matières qui lui sont exclusivement attribuées [1], par Ces. Baudana Vaccolini; une fois par mois; 12 fr. par an.

261. Trani. *Rivista di giurisprudenza;* directeur, Pugliese.

262. Trani. *Il diritto*, archives de jurisprudence, législation et doctrine; directeur, G. Giuliani. T. 1er, 1875.

263. Turin. *Eco giudiziario;* 8 fr.

264. Venise. *Temi veneta*, recueil des décisions civiles et commerciales de la Cour d'appel de Venise; directeur, Bolaffio; une fois par semaine; 10 fr.

B. Encyclopédie du droit.

265. Encyclopédie organique du droit, Pepere. Naples, 1870, 2e édit.; 15 fr.

266. Éléments d'encyclopédie juridique, Sangiorgi. Bologne, 1872; 5 fr.

267. Encyclopédie juridique à l'usage des Cours, Filomusi Guelfi. Naples, Jovene, 1873, 238 p. in-8°; 6 fr.

268. Leçon d'ouverture du cours d'encyclopédie juridique à l'Université de Pise, de Gioannis Gianquinto. Florence, Barberà, 1876; XXXVI p. in-4°.

269. Encyclopédie et éléments philosophiques du droit, abbé Vinc. Pagano. Naples, Jovene, 1876.

270. La synthèse organique du droit et importance de l'encyclopédie juridique, comme étude juridique; Crisafulli Zappalà, *Circol. giur.*, VIII, 41-56.

C. Droit romain et histoire du droit romain.

DROIT ROMAIN EN GÉNÉRAL.

271. Institutes de droit romain, par Fil. Serafini. 2e édit. Florence, Pellas, 1877. 2 vol. in-8° de VIII-264; 267 p.; 8 fr. (V. *suprà*, nos 1 et 213.)

[1] D'après la loi du 12 décembre 1875, article 3, sont déférés exclusivement à la connaissance des sections temporaires établies à Rome les recours pendants ou qui surviendront, relatifs aux affaires suivantes : 1° conflits de juridiction déjà dépendant de Cours de cassation; 2° action civile contre fonctionnaires de l'ordre judiciaire; 3° renvoi pour cause de sûreté publique ou de suspicion légitime; 4° procédure disciplinaire; 5° recours en matière : *a*) d'impôts et taxes, directs ou indirects; *b*) de suppression de corporations religieuses ou d'autres êtres moraux ecclésiastiques et de liquidation et conversion du patrimoine ecclésiastique; 6° contraventions aux lois sur les matières du numéro précédent; 7° recours en matière d'élections politiques ou administratives.

Digitized by Google

272. Éléments du droit romain, par Giov. Ronga. Turin, Brero, 1873. 3 vol. in-8°; 15 fr.

273. Traité des Pandectes de L. Arndts, traduit sur la 8e édit. allemande, enrichi de notes, d'appendices et de comparaisons avec le Code civil italien, par Fil. Serafini. Bologne, Fava et Garagnani, 1872-1875. 3 vol. in-8° de IV-375, 380, 358 p.; 27 fr. (20 fr. 25 pour les abonnés de l'*Archivio giuridico*). V. nos 2 et 214.

274. Leçons de Pandectes de P. Conticini (mort professeur à Pise en nov. 1871), recueillies et mises en ordre par Fil. Serafini. Tome Ier, traité des personnes. Pise, Nistri, 1876; 7 fr. (Analysé *Archivio giur.* XVII, 374-383.)

275. Origine, histoire et progrès du droit des gens comme partie du droit privé des Romains, Capuano L. Naples, 1875, impr. de l'Université.

276. Usage du droit romain dans la jurisprudence moderne, par Buonamici. Pise, Nistri, 1877.

MATIÈRES OU QUESTIONS SPÉCIALES.

277. Accession en droit romain; comment et à quelles conditions elle y est un mode spécial d'acquisition, B. d'Ondes Rao. Palerme, 1874, Corselli.

278. Action de la loi Aquilia (du concours de l'), avec les actions contractuelles; F. Serafini, *Arch. giur.*, XVIII (1876), 111-116.

279. Action paulienne: Leoni, *Arch. giur.*, XV (1875), 225-258.

280. Actions de la loi (les); Padelletti, *Arch. giur.*, XVII, 321-345.

281. Affranchis (des); Ferrero. Turin, Bocca. 1877; 144 p. in-8° (avec un appendice sur les *noms* des Affranchis).

282. Concours des créanciers (faillite); F. Milone, *Arch. giur.*, XVI, 169-176.

283. Condition résolutoire, de Czylarz, trad. ital. par de Marinis. Naples, 1876.

284. Dot (la) selon le droit romain, par E. Gallupi. Turin, Bocca. 1 vol. in-8° (VIII-323 p.); 6 fr.

285. Exception *rei judicatæ* (la doctrine de l'), de Gust. Rumelin, traduit de l'allemand par A. Montuori. Naples, 1876.

286. Famille (la) selon le droit romain, par Fr. Schupfer; tome Ier. Padoue, Sacchetto, 1876 (435 p. in-8°). Titre Ier, le droit matrimonial; titre II, le droit domestique; compte rendu, *Arch. giur.*, XVII, 294-380.

287. Fruits (de l'acquisition des) par le possesseur de bonne foi; sur une nouvelle leçon de la loi 4, § 19, Dig., *De usurp.*, proposée par Jhering: Buonamici, *Arch. giur.*, XIV, 33-37 (n'admet pas le remplacement des mots *si consumpti sint* par ceux de *si non summisi*

Digitized by Google

sint).—Même sujet : De Gioannis, *Arch. giur.*, XV, 205-212 (lit *si concepti sint* et entend *si* dans le sens de *etsi*).

288. Gage : Examen et réfutation de la théorie de Exner; G. Gugino, *Circol. giur.*, VII (1876), 203-210; 227-238. (V. *suprà*, n° 229.)

289. Gaïus (du nom du jurisconsulte); G. Padelletti, *Arch. giur.*, XIII, 323-327. L'auteur pense que le nom de Gaius est, dès les temps les plus anciens, un nom de famille et non un simple prénom.

290. Legs. De l'accroissement entre colégataires; Serafini, *Arch. giur.*, XIV, 38-54. (V. *suprà*, n° 221.)

291. — Du droit de choisir la chose léguée; de Gioannis, *Arch. giur.*, XIV, 121-167; 331-438.

292.—Legs d'une chose appartenant au légataire et sur laquelle existent des droits au profit de tierces personnes; proposition de la conciliation de la loi 66, § 6, D., *De legatis* 2° avec la loi 86 pr., D., *De legatis* 1°; Serafini, *Arch. giur.*, XVIII, 5-12. — Même sujet; Buonamici, *Arch. giur.*, XVIII, 536-559 (Doutes sur l'explication proposée par Serafini).

293. — Payement des legs; dans quelle proportion plusieurs héritiers en sont tenus (pour leur part héréditaire et non pour leur part virile, à moins qu'ils n'en aient été chargés par groupes, cas auquel la charge se divise en parts viriles pour les héritiers qui forment chaque groupe, si les legs imposés aux divers groupes ne sont pas proportionnels à la part d'hérédité attribuée à chaque groupe). Melhaff, *Arch. giur.*, XII, 483-514, 2e article. (V. *suprà*, nos 48 et 231.)

294. Militaires (condition politique et juridique des) en droit romain, Semeraro. Naples, 1876, Testa.

295. Obligations. Obl. corréales; constitut. Nouvelle interprétation de la loi 10, D., *De pec. constituta;* Serafini, *Arch. giur.*, XVII, 401-410; XVIII, 13-14. D'après cette interprétation, le pacte de constitut fait par le débiteur avec l'un des créanciers corréaux n'éteint pas la créance des autres créanciers corréaux; il ne confère au débiteur, dans ses rapports avec les autres créanciers corréaux, ni le droit de répéter comme indu ce qu'il leur aurait payé, ni celui de leur opposer une exception. — Même sujet: *Ad lleg.* VIII, IX, X, ff., *De pec. const. commentarius* (en latin), Joh. de Gioannis Gianquinto; *ad collegam Ph. Serafini responsio*, Lucæ, Justi, 1877, 34 p. in-8°. — Même sujet : Observations sur l'interprétation de la loi 10, D., *Pec. c.* proposée par Serafini; Conscio Menici, *Monitore dei tribunali*, 1877, p. 265-268.

296. — Obl. corréales; novation. Essai d'interprétation de la loi 27 pr., D., *De pactis* et de la loi 31, § 1, D., *De novat.*; L. Landucci, *Arch. giur.*, XIX (juillet 1877), 3-22. — Cette interprétation consiste à admettre que, loin d'être en désaccord, tous les jurisconsultes romains reconnaissaient unanimement, en principe, que la novation

Digitized by Google

faite par un des créanciers corréaux n'éteint pas l'obligation corréale à l'égard des autres : c'est seulement dans des cas exceptionnels qu'il en était autrement.

297.—Obligat. *litteris* (les) dans l'ancien droit romain : Buonamici, *Arch. giur.*, XVI, 3-72, et à part, Bologne, Fava et Garagnani, 1872, in-8°. — L'auteur présente des objections contre la doctrine moderne admise relativement au contrat *litteris* par Keller, Savigny, Gide, etc... ; il soutient que ce contrat a la novation pour fondement et qu'il est indépendant du *Codex accepti et expensi.*

298. — Obligations naturelles en droit romain et dans le Code civil italien, Jacoucci. Rome, 1876, Civelli.

299. Partage. Sa nature en droit romain; il n'est pas, dans la pensée des jurisconsultes romains, une aliénation véritable et proprement dite; Tartufari, *Arch. giur.*, XV, 436-501. (V. *suprà*, n° 149; *infrà*, n°s 393-395.)

300. Possession. Théorie de la possession selon le droit romain, II. Alibrandi, 1 vol. in-8°. Rome, 1871, typ. Aurelj; compte rendu, *Arch. giur.*, IX, 449-454.

301.—La possession des choses et des droits selon les lois romaines et modernes et les actions qui en dérivent, Fil. Milone. 1 vol. in-8°. Naples, 1877, typ. de Angelis, compte rendu, *Arch. giur.*, XV, 400-407.

302.—Les actions possessoires et le fondement de la protection de la possession en droit romain ; G. Padelletti, *Arch. giur.*, XV, 3-54. L'auteur enseigne que la possession est un fait, et qu'elle est protégée en elle-même. (V. *suprà*, n°s 52 et 220.)

303. Procédure civile. Les juges dans la proc. civ. romaine ; Padelletti, *Arch. giur.*, XV, 523-560.

304. Promesses (les) : I, *Pollicitatio;* II, promesse de vente; III, arrhes; Leoni, *Arch. giur.*, XV, 547-8 ; XVI, 149-53 ; 238-45. *Circ. giur.*, VI, 149-160.

305. Propriété (la) selon le droit romain, Angioni-Contini ; 100 p. in-8°, Sassari.

306. *Sepulcro violato* (*de*) : Buonamici. Pise, 1873, Nistri.

307. Servitudes irrégulières (des). Serafini, *Arch. giur.*, XVIII, 15-26.

308. *Temporis* (*de doctrina*) *in jure romano;* C. Semeraro. Neapoli, 1875, Testa (en latin).

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN PAR LES INSCRIPTIONS ET AUTRES MONUMENTS ORIGINAUX.

309. Esquilin (étude au point de vue juridique de l'inscription trouvée à Rome le 21 juillet 1875, dans les fouilles de l') ; Camillo Re, *Arch. giur.*, XVII, 3-23.—Police du *campus esquilinus;* sépulture commune de la plèbe ; procédure des amendes.—L'auteur pense

Digitized by Google

que le texte est celui d'un plébiscite contemporain de Sylla et l'appelle *Lex esquilina*.

310. Osuna (les tables d'), Camillo Re, Rome, 1874, 60 p. in-8°, Salviucci.

311. Pompéi (les tablettes de cire de), trouvées les 3 et 5 juillet 1875; Giulio de Petra. Rome, 1877, 86 p. in-4°, Salviucci. — (*Auctiones* ou ventes aux enchères publiques [1].)

D. Droit civil.

TEXTES.

312. Le Code civil italien comparé avec la loi romaine et les Codes modernes, contenant l'indication, sous chaque article, de la jurisprudence et des auteurs; Bianchetti. Turin, 1872; 9 fr. 60.

313. Code civil italien, contenant le texte officiel et complet des lois, décrets et règlements qui complètent le Code civil et une table de concordance des articles du Code italien avec ceux des Codes français, des Deux-Siciles, autrichien, albertin, de Modène, et des lois civiles toscanes et pontificales, G. Saredo. Florence, Pellas; 1 vol. 760 p. in-8°; 10 fr.

DROIT CIVIL EN GÉNÉRAL.

314. Cours systématique de droit privé universel d'après le droit romain, autrichien et italien, avec rapprochements du droit prussien et français : F. Forlani, prof. ord. à Vienne (en italien). Milan, Vallardi, 1873. Tome Ier, droit matériel (partie générale).

315. Genèse et développements du Code italien; Calcaterra, 3 vol. in-8°; Salerne, 1873-74. Compte rendu, Tartufari, *Arch. giur.*, XIV, 506-521.

316. De l'origine du Code civil et de quelques-uns de ses mérites et de ses défauts les plus importants, Emil. Bianchi. Pise, Nistri, 1876. (Leçon d'ouverture.)

317. Critique de quelques articles du Code civil et du Code de procédure civile et proposition de réformes; Smania. Vérone, 224 p. in-8°; 4 fr.

318. Traité des lois, de leur conflit de temps et de lieu, de leur interprétation et de leur application, G. Saredo, 2 vol. in-8°. Florence, Pellas.

319. Théorie de la rétroactivité des lois par Gabba, 3 vol. in-8°. Pise, 1868-1873.

[1] Sur ces *auctiones* et sur les *auctionatores*, ainsi que sur les questions de droit qui s'y rapportent, voir le mémoire de notre savant collègue et ami M. Caillemer, doyen de la Faculté de droit de Lyon : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1877, p. 397-410.

Digitized by Google

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL.

320. Motifs du Code civil italien, Foschini. Turin, 2 vol. in-8°, 1868-71 ; 18 fr.

321. Législation civile italienne : commentaire du Code civil et éléments du même : Paolo Marchi. Florence, 1871-1874, 2 vol. in-8°, Pellas (ouvrage sur le modèle de celui de Locré). Compte rendu *Circol. giur.*, IV, 199-202.

COMMENTAIRES DU CODE CIVIL ITALIEN.

Il en existe de nombreux en cours de publication dans toutes les parties de l'Italie; très-peu sont terminés. Nous les indiquons d'après l'ordre alphabétique du nom des auteurs.

322. Ballerini Velio G. Turin, Camilla; en cours.

323. Baudana Vaccolini. Rome, Salviucci ; en cours : t. Ier, DXLVII-3200 p. in-8°. Devra comprendre 4 vol.

224. Bianchi Franc., professeur à l'Université de Parme. Parme, 1869-1877, Grazioli ; en cours : ont paru les trois premiers volumes (jusques et y compris la filiation), et une partie du 4e (adoption).

325. Bellavite L., professeur à l'Université de Padoue; sous le titre de *Notes critiques*. Padoue, Sacchetto (1875, obligations; 1876. contrat de mariage).

326. Borsari L., conseiller à la Cour de cassation de Florence. Turin, Union typ.; en cours : ont paru 63 livraisons, en 1877; jusqu'à l'article 1128, obligations; 1 fr. la livraison.

327. Cattaneo et Borda ; seconde édition, en cours. Turin, Camilla; ont paru 22 livraisons jusqu'à l'article 1775, transactions; 1 fr. la livraison.

328. Delvitto; en cours. Turin, Negro.

329. Ferrarotti T.; en cours. Turin, Vercellino (t. Ier, 1871; 1021 p. in-8°).

330. De Filippis Franc.; en cours. Naples, de Pascale; ont paru 4 vol. et le commencement du tome V, obligations.

331. Galdi Dom. ; en cours. Naples et Palerme, Pedone Lauriel; devra former 8 volumes.

332. Januzzi Stef.; en cours. Naples, Vallardi.

333. Mattei Jac.; 6 vol. Venise et Milan ; 46 fr.

334. Mazzi Gius.; en cours. Florence, Pellas; devra former 2 vol. de 1000 p. chacun.

335. Pacifici-Mazzoni Em., professeur à l'Université de Rome, Institutes de droit civil italien : seconde édition; 6 vol, in-8°, Florence, Cammelli, 1871-77 ; chaque volume se vend séparément 8 fr.

336. Du même auteur, Commentaire plus développé ; en cours, Florence, Cammelli; ont paru 11 vol., t. Ier, distinction des biens, propriété et servitudes personnelles, 2e édit., 1870; t. II, servi-

Digitized by Google

tudes légales, 2e édit. 1870; t. III, servitudes prédiales établies par le fait de l'homme, 2e édit. 1870; t. IV, louage, 2e édit. 1872; t. V à XI, successions légitimes et testamentaires, 1873-1877. Chaque volume se vend séparément 9 fr.

337. Ricci Franc., en cours. Rome et Pise, t. Ier, 1877; devra avoir 7 volumes.

338. Voltolina, en cours. Venise, Longo.

MONOGRAPHIES.

339. Action paulienne ou révocatoire selon le Code civil italien; Ang. Maierini, 2e édit. Florence, Cammelli, 1877; 5 fr. — Même sujet; Pedrazzi, *Arch. giur.*, XII, 459-482.

340. Aveu judiciaire, questions pratiques : Jac. Mattei, *Arch. giur.*, XV, 280-293.

341. Biens; distinction des biens au point de vue civil et religieux; M. Pescatore, *Giornale delle leggi* de Gênes, 1877, nos 7 et 9.

342. — Les biens de l'État, des communes et des provinces sont-ils susceptibles d'hypothèque et d'expropriation forcée, Gianzana, *Arch. giur.*, XVIII, 258-276. (V. *infrà*, nos 350, 351, 618.)

343. Cession de créance, effet de l'intervention, dans l'acte de cession, du débiteur cédé qui s'oblige envers le cessionnaire; Grossi, *Arch. giur.*, XV, 502-511.

344. Citoyen (de la qualité de — *Cittadinanza*); Olivi, *Arch. giur.*, XVI, 73-117.

345. — Observations sur l'acquisition de la nationalité italienne d'après les articles 5-14 du Code civil; Sala, *Arch. giur.*, XV, 259-279.

346. Contrainte par corps (*arresto personale*); notices statistiques sur la contrainte par corps pour dettes civiles et commerciales pendant dix ans, de 1866 à 1875, recueillies par les soins du ministre de la justice (Mancini). Rome, impr. royale, 1876.

347. — L'abolition de la contrainte par corps; étude sur le projet de loi Mancini; C. Scandiani, *Arch. giur.*, XVIII, 161-188 (écrit avant le vote du projet par la Chambre des députés en février 1877).

348. Coutume (la) dans ses rapports avec le droit et avec la législation, Ic. Vanni. Pérouse, 1877, 150 p. in-8° (Thèse de doctorat jugée 4igne d'impression).

349. Divorce (le) considéré dans la théorie et dans la pratique; Di Bernardo Dom. Palerme, 1875, Natale. Comptes rendus : La Manna, *Circol. giur.*, VII, 238-244; Zamperini. Vérone, 131 p. in-8°, Kayser; 2 fr. 50.

350. Domaine national; inaliénabilité des biens de ce domaine; étude de législation comparée : Traina, *Arch. giur.*, XI, 177-185.

351. Domaines communaux et droits de pacage commun dans le midi de l'Italie; Rinaldi, *Arch. giur.*, XVIII, 203-257.

Digitized by Google

352. Eaux. Les servitudes légales sur les eaux, T. Traina. Palerme, 1873, Pedone Lauriel; 341 p. in-8°; 6 fr.

353. — Les servitudes des eaux selon le Code civil italien; Dionisotti, 2e édit. Turin, union typographique; 7 fr. 50.

354. — Les servitudes relatives à l'écoulement des eaux; P. Beretta, *Arch. giur.*, XIII, 24-50.

355. — La propriété du reste de l'eau (*Coda dell'acqua*) dans la distribution à tour de rôle et du changement des heures et des tours d'irrigation; étude des articles 625-627 du Code civil; Scotti, *Arch. giur.*, XII, 5-47.

356. — Considération sur la loi du 29 mai 1873 relative aux associations (Consorzi) pour l'irrigation : Buniva. Turin, 1875, Camilla.

357. — Combinaison des articles 427 et 543 du Code civil (servitudes légales sur les eaux) avec l'article 1er de la loi du 20 mars 1865, *allegato f.*, sur les travaux publics; Gadda, *Arch. giur.*, XVIII, 189-194.

358. — Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations, par Giac. Giovanetti, et Rapport sur la pratique et la législation des irrigations dans l'Italie supérieure et dans quelques États de l'Allemagne; ouvrages traduits du français et enrichis de notes par G. Foschini. Venise, 1873.

359. État civil (Organisation de l'), G. Sighele. Brescia et Vérone, 1870, 634 p. in-8°.

360. — Rectification des actes de l'état civil; — conflit apparent entre le Code civil et le Code de procédure civile; De Rossi, *Arch. giur.*, XIV, 319-330.

361. Emphytéose; une question sur le nouveau droit emphytéotique (loi du 10 août 1862); l'emphytéote qui cède son droit est-il libéré du payement des canons envers le propriétaire du domaine direct? Solution affirmative); Cacopardo Santi, *Circol. giur.*, IV, 49-73.

362. — Observations sur le payement du canon dans l'emphytéose : T. *Monitore dei tribunali*, 1877, nos 26, 29 et 32.

363. Femmes. Les droits des femmes selon le Code civil, Burri Ang. Florence, 1870; 12 fr.

364. — La femme et la loi, Gallini. Rome, Civelli, 1872.

365. Filiation. De la condition juridique des enfants nés hors mariage : Giov. Ronga, Turin, 1873, Brero; 334 p. in-8°; 8 fr.

366. — De la reconnaissance d'enfant naturel dans un testament olographe : Buniva. Turin, 1876, Vercellino, 23 p. in-8°.

367. Hypothèques (Priviléges et); commentaire du titre des Priviléges et hypothèques, par Fel. Pochintesta. Turin. 1876, Brero; en cours de publication; a paru le tome Ier, 414 p. in-8°, priviléges, hypothèque légale, judiciaire et conventionnelle (art. 1948-1980) et

Digitized by Google

du tome II, la 1re livraison (inscription, art. 1981-2000); 8 fr. le volume.

368. — Discours théoriques et pratiques avec des appendices théoriques sur le système hypothécaire, A. Schiavi, Portoferraio, 1876; 6 fr.

369. — L'hypothèque peut être établie par une lettre de change en forme ordinaire, c'est-à-dire par acte sous seing privé; Em. Bianchi, *Arch. giur.*, XIV, 553-557.

370. Louage. Commentaire du titre du Louage, Colamarino. Naples, 1876, Marghieri; 244 p. in-8°; 4 fr. (V. *infrà*, n° 500.)

371. — Du louage d'ouvrage; Marco Vita Levi. Turin, 1876, union typographique; 2 vol. in-8°; t. Ier, louage d'ouvrage en général; comprenant le louage de services, *locatio operarum*, LXIV-239 p. in-8°; 5 fr.; t. II, louage d'ouvrage, *stricto sensu*, *locatio operis* (*appalto*).

372. — Du louage des fonds ruraux et de la *Societa colonica*, Ercolano. Sienne, Mucci, 1875.

373. — Sur la cessation de plein droit du louage de fonds ruraux; Turrazza, *Arch. giur.*; XIV, 270-8.

374. Mariage et contrat de mariage. La société conjugale quant aux personnes et quant aux biens, P. Bellini. Catane, 1873; 214 p. in-8°; 2 fr.

375. — Consentement des ascendants, appel à la Cour contre leur refus; explication de l'article 67 du Code civil; L. Sampolo, *Circol. giur.*, V, 257-267. (V. *suprà*, nos 7, 59 et 248.)

376. — Dissolution du mariage; nécessité d'admettre, dans une certaine mesure, le divorce et la dissolution en cas d'absence; Mattei, *Monit. dei trib.*, 1876, n° 20.

377. — Le mariage civil, l'engagement dans les ordres sacrés et le vœu solennel de chasteté; de Marinis, *Arch. giur.*, XV, 411-435.

378. — Les meubles dotaux selon le droit romain et le Code civil italien; *Arch. giur.*, XIV, 541-542.

379. Naturalisation (de la) concédée par décret royal; Cassuto, *Arch. giur.*, XIII, 152-171.

380. Obligations. Commentaire du titre des Obligations (moins la preuve), Fel. Pochintesta, 2e édition. Turin, 1874, Brero, 421 p. in-8°; 8 fr.

381. — Traité des obligations, G. de Giorgi. Florence, Cammelli; en cours de publication, 3 vol. parus en 1877; 9 fr. le vol.

382. — Anatocisme conventionnel, rétroactivité; Em. Bianchi, *Arch. giur.*, XVIII, 27-37.

383. — Cause illicite; il n'y a pas lieu à répétition quand la turpitude est commune aux deux parties; Mattei, *Monitore dei trib.*, 1876, n° 5.

384. — Condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmati-

Digitized by Google

ques; L. Gallavresi, *Monitore dei tribunali* de Milan, 1877, nos 6, 9, 15, 18, 24, 25, 39 et 40. Comparaison du droit italien avec les droits romain, français, autrichien et allemand, dont les deux derniers n'admettent pas en principe la condition résolutoire tacite.

385. — Des conventions par correspondance épistolaire ou télégraphique; M. Pescatore, *Giornale delle leggi*, de Gênes, 1874, n° 12; *Arch. giur.*, XII, 412-417.

386. — Des conventions par télégramme; P. Salis, *Circol. giur.*, IV, 169-199.

387. — Intérêts. La théorie de l'*Id quod interest* sous l'influence du droit canonique; Nani, *Arch. giur.*, XVI, 207-237.

388. — De l'inaccomplissement des obligations par refus du débiteur; Nani, *Arch. giur.*, XII, 371-384.

389. — Des obligations naturelles, Jaccouci. Rome, 1876, Civelli.

390. — Des obligations naturelles, solidaires et indivisibles, Grossi. Florence, 1876, Cammelli; 5 fr.

391. — Risques; la perte fortuite, *pendente conditione*, de la chose vendue sous condition résolutoire doit être supportée par le vendeur; Mattei, *Monitor dei trib.*, 1876, n° 14.

392. — Terme; comment l'art. 1174 du Code civil italien (art. 1186 du Code civil français), en tant qu'il empêche la répétition de ce qui a été payé d'avance, se trouve justifié inopinément par les révélations de la pratique; M. Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 4.

393. Partage. Sa nature (en droit romain) et dans le droit actuel, et conséquence, quant à la transcription, qui n'est pas nécessaire pour que le partage soit opposable aux tiers; Tartufari, *Arch. giur.*, XV, 436-501.

394. — Nature déclarative du partage d'après la législation pontificale antérieure au Code civil italien, qui ne le soumet pas à la nécessité de la transcription; Grossi, *Arch. giur.*, XI, 439-455.

395. — Nature translative du partage, et par suite, nécessité de la transcription; P. Salis, *Circolo giur.*, 1871, p. 110-126, 169-205 (droit romain) et M. Pescatore (droit romain et droit pontifical), *Giornale delle leggi*, 1875, nos 24, 25 et 26[1].

396. Personnes. Du droit des personnes selon le Code civil, G. Buniva, t. II (art. 159-405 du Code). Turin, 1871, Arnaldi, 434 p. in-8°; 7 fr. 50. V. *suprà*, n° 5.

397. — Capacité juridique des condamnés, Mecacci. Rome, 1873.

398. — Capacité juridique des *nascituri* relativement aux testaments, aux donations et aux contrats à titre onéreux; Rignano, *Arch. giur.*, XVIII, 444-458.

[1] Voir, dans le sens de l'effet translatif du partage et de la nécessité de la transcription dans les pays régis par le droit romain, l'arrêt de la Cour de cassation de Turin du 23 juin 1875 et la note dont nous l'avons accompagné (*Journal du droit international privé*, 1876, p. 142).

Digitized by Google

399. — Capacité des *nascituri* en ce qui concerne les contrats à titre onéreux; observation sur l'article précédent; Castelbolognesi, *Arch. giur.*, XIX, 23-32.

400. — Puissance paternelle et tutelle, en ce qui concerne les biens des mineurs; insuffisance de la protection que leur accorde la loi italienne; Mattei, *Monit. dei trib.*, 1876, n° 4.

401. — De la puissance sur les incapables par faiblesse de l'âge ou de l'esprit, G. Bellini. Catane, 1876.

402. — La monomanie et la capacité civile; Sil. Picardi, *Arch. giur.*, XIII, 119-151.

403. — Les personnes morales selon la loi italienne, Tedeschi Fel. Turin, Bona. 146 p. in-8°.

404. Possession. La possession des choses et des droits et les actions qui en découlent, Fil. Milone Naples, 1875, de Angelis.

405. — Études historico-légales sur les actions possessoires, Lomonaco. Naples, 1875; impr. de l'Université.

406. — Actions possessoires, en dénonciation de nouvel œuvre et *damni infecti*, Baratono. Vérone, Munster, 1 vol. in-8°; 8 fr., 2e édit., Ivrée, 1876.

407. — Revue des doctrines sur le caractère de la possession continue; Cesareo, *Arch. giur.*, XIV, 168-214.

408. — Questions pratiques sur les actions en maintenue et réintégration de possession; Scotti, *Arch. giur.*, XV, 107-180.

409. — Des actions possessoires relatives aux servitudes discontinues et spécialement à la servitude de passage; Grossi, *Arch. giur.*, XV, 294-312. Même sujet; Tedeschi, *ibid.*, XV, 561-573; Giazanna, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 14.

410. Prescription. L'article 2120 du Code civil : de la suspension de prescription pendant le mariage, d'après le 4e alinéa de cet article, à l'égard du fonds spécialement hypothéqué pour la dot et pour l'exécution des conventions matrimoniales, E. Sala, *Monit. dei tribunali*, 1877, n° 27.

411. Preuves (traité des) en matière civile et commerciale, G. Messina. Salerne, 1876, Migliasco.

412. Propriété. État civil de la propriété immobilière d'après les registres d'impôts (*censuarii*), d'hypothèques et de transcription réorganisés et mis en rapport les uns avec les autres, Bertolini, *Arch. giur.*, XVIII, 362-375.

413. — De la propriété des meubles selon le Code civil italien, Rinaldi; Potenza, 3 vol. in-8°, 1872-1876; 8 fr. le vol. Compte rendu, Sole, *Arch. giur.*, XIII, 595-613.

414. — De la règle *en fait de meubles possession vaut titre*; éclaircissements historiques et interprétation des articles 707 à 709 et 2146 du Code civil italien (corresp. aux articles 2279 et 2280 du Code français), Grossi; *Arch. giur.*, XIII, 255-290.

Digitized by Google

415. — Propriété littéraire, artistique et industrielle. (V. *infra*, n°s 507, 511.)

416. — Propriété des trésors d'art et d'archéologie, considérés comme inaliénables et grevés de servitude au profit du public, Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 2.

417. — De la copropriété ou communauté de biens et intérêts entre frères, M. Vita Levi. Turin, 1877. Union typogr.; 2 fr. 50.

418. Rente. Pour l'affranchissement des rentes (*livelli*) dues aux établissements de mainmorte, le possesseur est-il tenu de tenir compte, outre la rente due, d'une autre rente, équivalente à l'impôt sur la richesse mobilière? Badani, F., *Circolo giur.*, VIII, 27-40.

419. Rétention. La doctrine du droit de rétention, Semeraro. Naples, 1875, Testa.

420. Rural (droit). Essais de jurisprudence agraire, Rabbeno. Turin, 1870; 6 fr.

421. — Questions actuelles de législation et de jurisprudence rurales, Rabbeno. Turin, 1872; 4 fr.

422. — Cours de législation rurale, Rabbeno. Turin. Union typogr.; 6 fr.

423. Séparation des patrimoines, Tartufari, *Arch. giur.*, XVI, 118-148.

424. Sépulture. Observations sur le droit de choisir la sépulture d'une femme mariée morte *intestat* et sans enfants, Buonamici, *Arch. giur.*, XV, 55-78.

425. Servitudes. Si la servitude éteinte par confusion peut revivre de plein droit, Supino, *Arch. giur.*, XV, 79-83.

426. — Des servitudes légales et spécialement de celle de construire à distance légale du mur d'autrui; Bertolini, *Arch. giur.*, XVII, 124-143.

427. — De la servitude d'écoulement des eaux de toit (*stilicidii*); commentaire de l'article 591 du Code civil; Leoni, *Arch. giur.*, XV, 353-363.

428. — Interprétation de l'article 562 du Code civil, divers étages d'une maison appartenant à divers propriétaires; Laserra, *Arch. giur.*, XVII, 48-60.

429. Sociétés de secours mutuels et coopératives, Martuscelli. Florence, 1876, Lemonnier. (V. *infrà*, n° 795.)

430. — Constitution légale des sociétés coopératives (avec traduction des lois françaises, belges, allemandes, austro-hongroises et portugaises), G. Clavarino. Rome, 1876; 332 p. in-8; 3 fr.

431. Successions. Des successions légitimes et testamentaires. A. Fulci, 2e édit. Messine, 1873. (V. *suprà*, n°s 10, 11 et 336.)

432. — Des successions légitimes. Cavallaro Freni. Catane, 1875, 300 p. in-8°; 5 fr.

Digitized by Google

433. — Enfant naturel. Y a-t-il un véritable droit de représentation au profit des enfants légitimes d'un enfant naturel, appelés à la succession par l'article 748 du Code civil italien (semblable à l'article 759 du Code civil français)? Solution négative, Ces. Losanna, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 7.

433 *bis*. — Succession entre époux selon le Code civil italien, Losanna. Turin, 1876.

434. — Succession bénéficiaire. Peut-on procéder à une exécution forcée sur les biens qui composent une succession bénéficiaire? (résolution négative), Saredo, *Arch. giur.*, XVIII, 405-443. — Même sujet, Marchesini, Bologne, 1877.

435. — Comment la possession du défunt passe à ses héritiers; origine et vrai sens des articles 693, 863, 925 à 927 du Code civil italieu (origine non dans le droit romain, mais dans les statuts italiens du moyen âge), Grossi, *Arch. giur.*, XVI, 361-382.

436. — L'article 925 du Code civil italien. Ne serait-il pas nécessaire ou au moins utile d'admettre dans les successions, même acceptées purement et simplement, l'ingérence et la direction d'un juge, et à défaut, de prescrire des formalités en faveur de ceux qui ont des droits contre la succession? Mattei, *Monit. dei trib.*, 1876, n° 11.

437. — De la qualité d'héritier reconnue par aveu judiciare ou par jugement. Grossi, *Arch. giur.*, XIII, 563-582.

438. Testaments. De la représentation dans les successions testamentaires; interprétation de l'article 890 du Code civil italien. G. Buniva, *Circol. giur.*, IV, 7-16, et Turin, Arnaldi, 1873, 16 p. in-8°. — Même sujet, Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1873, n° 40. — Même sujet et explication des articles 729, 730, 879 et 890 du Code italien (art. 739, 740, 1042 et 1044 du Code français), Grossi, *Arch. giur.*, XIV, 529-540, et XVII, 187-219. — Diena, *ibid.*, XVII, 24-47.

439. — Du testameut conjoint réciproque dans le droit transitoire. La disposition réciproque faite par deux personnes dans un même testament sous l'empire d'une loi qui la permettait, est-elle efficace lorsque l'un des disposants vient à mourir sous l'empire d'une loi qui ne la permet plus (telle que les Codes civils italien et français)? Solution affirmative, Vitt. de Rossi, *Giornale delle leggi*, 1875, p. 121, et Gênes, 1875, 28 p. in-8°; 1 fr. — Même sujet. Solution négative, Tedeschi, *Giornale delle leggi*, 1875, p. 137.

440. — Le testament olographe et la nécesité de sa date, Scandiani, *Arch. giur.*, XI, 596-613.

441. — Des dispositions testamentaires en faveur de corps moraux non reconnus lors de la mort du testateur; leur nullité, Luparia, Turin, 1875; 2e édit., 1877, 159 p. in-8°, Botta, 2 fr. — Leur validité, Bernardi, *Giornale delle leggi*, 1875, p. 17.

442. — La capacité de succéder des établissements de bienfaisance,

Digitized by Google

Em. Bianchi, *Arch. giur.*, XIII, 427-444 (Fondation d'un nouvel établissement, toujours valable; disposition en faveur d'un établissement non reconnu, toujours nulle).

443. Transcription. Commentaire théorique et pratique du titre de la Transcription, I. Luzzati, 2 vol. in-8°. Turin, union typographique; t. Ier, 1874 (Actes soumis à la transcription, art. 1932-1934), CIV-304 p. in-8°, 5 fr.; t. II, 1876 (Formes et effets de la transcription, articles 1935-1947), 418 p. in-8°, 5 fr.

444. — Observations sur l'ouvrage précédent, Tartufari, *Arch. giur.*, XVII, 411-450.

445. Usufruit. Évaluation de l'usufruit, Messine, 1877, Capra, 126 p. in-8°.

446. Vente. Traité du contrat de vente selon le Code civil italien, Cam. Re. Rome, Salviucci, 1877, 389 p. in-8°.

447. — De la tradition des immeubles et de ses effets dans le contrat de vente, Olivi, *Arch. giur.*, XVI, 269-287.

448. — Des actions édilitiennes dans les ventes de bestiaux, Ercolani. Florence, 1876, Giachetti; 2 fr.

449. — Des vices rédhibitoires (orge qui ne germe pas), E. Vidari, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 6.

E. Organisation judiciaire et procédure civile.

EN GÉNÉRAL.

450. Éléments de droit judiciaire civil, Mattirolo. Turin, Bocca, 3 vol. in-8°, 1875, 1876, 1877; 10 fr. le vol. (Organisation judiciaire, compétence, procédure, preuves).

451. Institutes de procédure civile, précédées de l'exposition de l'organisation judiciaire, G. Saredo. Florence, 1873-1876. Pellas, 2 vol. in-8°; 20 fr.

452. Code de procédure civile et organisation judiciaire, de Giudici. Livourne (en cours).

453. Commentaire du Code de procédure civile comparé avec les Codes civil et de commerce et avec les règlements d'organisation judiciaire, Lattanzi, Naples, Jovene; en cours de publication; 2 livr. en 1877.

454. Motifs du Code de procédure civile, G. Foschini. Florence, 1870; 10 fr.

455. Commentaire du Code de procédure civile, avec formulaire des actes de procédure civile et commerciale, L. Borsari, conseiller à la Cour de cassation de Florence, 3e édit. Turin, union typographique, 3 vol. in-8°; 26 fr.

456. Commentaire du Code de procédure civile, Fr. Ricci. Florence, Cammelli, 8 vol. in-8°.

457. Le Code de procédure civile éclairé par la jurisprudence et la doctrine, E. Cuzzeri. Vérone, Munster; 16 livr. en 1876.

Digitized by Google

458. Le Code de procédure civile, Gargiulo. Naples, Marghieri, 2e édit.; 16e livr. en 1877.

459. Le Code de procédure civile, Viti. Naples (en cours).

460. Annotations au Code de procédure civile, Mattei J. Venise, 1871.

460 *bis*. Même titre. E. Fois. Florence, 1877 (Pellas, en cours).

461. Observations sur l'organisation judiciaire, Stagni. Bergame, 1877, 111 p. in-8e.

462. Observations et propositions sur l'amélioration des conditions morales et matérielles de la magistrature en Italie, Bennati. Fermo, 1877.

MATIÈRES SPÉCIALES.

463. Avocat et procureur (Études sur la loi relative à l'exercice des professions d'), Caivano-Schipani. Naples, 1876, Rinaldi.

464. Procédure de la cassation, L. Franceschini. Rome, 1877, Forzani, 312 p. in-8°; 3 fr. 50.

465. Saisie judiciaire et conservatoire; commentaire des articles 921-957 du Code de procédure civile, Gianzana. Turin, 1877, Casanova; 5 fr.

466. Saisie conservatoire, Manfredi, *Arch. giur.*, XI, 69-83.

RÉFORME DE LA PROCÉDURE SOMMAIRE.

467. Résumé des observations et propositions des chefs de la magistrature et du ministère public sur cette réforme, édit. officielle, 76 p. in-8°; 1876, impr. royale.

468. Circulaire Vigliani, 6 juillet 1875, *Monitore dei trib.*, 1875, n° 34. — Discussion à la Chambre des députés du projet Morrone, *ibid.*, n° 37. — Étude sur cette réforme, C. Norsa, *ibid.*, nos 48 et 49, et à part, Milan, 1875, 65 p. in-8°. — Lettre et commission nouvelle (Mancini), 22 décembre 1876; *ibid.*, 1877, n° 6. — Projet de loi motivé en 35 articles (établir comme règle la procédure sommaire et n'admettre la procédure formelle que comme l'exception); anonyme, *ibid.*, 1877, n° 16.

F. Droit commercial, maritime et industriel.

PÉRIODIQUES SPÉCIAUX.

469. *Il Casaregis*, moniteur de législation et de jurisprudence commerciale, publié avec le concours de MM. Mancini, Alianelli, Cabella et Carnazza Puglisi, par Cl. Mezzogori. Rome; deux fois par mois. 18 fr. par an. Tome Ier en 1875.

470. *Giurisprudenza commerciale italiana*, recueil fondé par Caveri, interrompu et repris en juillet 1877 par C. Cabella, professeur

Digitized by Google

à l'Université de Gênes, nouvelle série indépendante; une livraison par mois; 12 fr. par an.

DROIT COMMERCIAL EN GÉNÉRAL.

471. Le Code de commerce italien annoté, L. Borsari, conseiller à la Cour de cassation de Florence. Turin, union typogr., 2 vol. in-8°, 1869-1872; 33 fr.

472. Le droit commercial selon le Code de commerce italien, G. Carnazza Puglisi. Catane (en cours de publication).

473. Institutes de droit commercial, Galuppi. Turin, Bocca, 2 vol. in-8°, 1874-75; 18 fr.

474. Cours de droit commercial, E. Vidari, professeur à l'Université de Pavie. Tome Ier, 1877. Milan, Hoepli; 12 fr.

475. Des conditions présentes de la loi commerciale en Italie, et de son avenir, Em. Bianchi. Pise 1875, Nistri (leçon d'ouverture du cours libre de droit commercial à l'Université de Pise).

476. Introduction à l'étude du droit commercial, Alb. Marghieri. Naples, 1876, Perrotti.

477. Des principales mesures législatives demandées par le commerce italien, tirées des propositions des Chambres de commerce, Vidari. Milan, 1873, Hoepli, 302 p. in-8°.

478. Nature du droit commercial, A. Gargano. Palerme, 1874, Fiore.

MATIÈRES ET QUESTIONS SPÉCIALES.

479. Acte de commerce. En quoi consiste le commerce et s'il peut s'étendre aux immeubles, L. Maurizi. Turin, 1877, 46 p. in-8°, union typographique.

480. Assurances. Le contrat d'assurance, Sacerdoti. Padoue, Salmin. Tome Ier, assurance sur les biens, 1874. (V. *infrà*, n° 505.)

481. Billet à ordre (le) qui n'a pas une cause commerciale est, par cela même que sa forme est commerciale, dispensé des formalités de l'article 1325 du Code civil (bon ou apprové), Supino, *Arch. giur.*, XVII, 265-272.

482. Bourses. Les opérations de Bourse selon la pratique, la loi et l'économie politique, Supino. Turin, 1875; Bocca; 4 fr. VIII-234 p. in-8°.

483.— La responsabilité des intermédiaires publics et la nouvelle loi sur les contrats de Bourse (loi de timbre du 13 septembre 1876); M. Amar, *Arch. giur.*, XVII, 273-291. (V. *infrà*, n° 504.)

484. Chemins de fer. Responsabilité des compagnies relativement aux transports, C. Nani. Turin, 1874, Bona.

485. — Études sur le droit relatif aux chemins de fer, spécialement d'après les lois et projets de lois suisses et allemands de 1874. Le même, *Arch. giur.*, XIV, 297-318.

Digitized by Google

486. — Du retard dans la livraison des marchandises. Le même, *ibid.*, XVIII, 328-361.

487. — Si l'on doit faire une loi sur les transports par chemins de fer et principes fondamentaux de cette loi. Le même, *ibid.*, XVIII, 505-585.

488. Chèques. Nécessité et règles d'une loi spéciale sur les chèques (*assegni*), rapport F. Mangili à la première réunion des délégués des banques populaires. Milan, 1877. — Compte rendu, *Arch. giur.*, XIX, 122.

489. Coalitions industrielles et commerciales, Guetta. Naples, 1877. (V. *suprà*, n° 94.)

490. Compensation (de la) dans les obligations, spécialement en matière commerciale. Sacerdoti, *Arch. giur.*, XVI, 383-443.

491. Compétence commerciale quant aux actes de commerce qui sont tels pour une des parties seulement (art. 735 C. com.), Bertolini, *Monitore dei trib.*, 1876, n° 3.

492. Compte courant; de la clause *sauf encaissement* dans les remises en compte courant, E. Vidari, *Arch. giur.*, XI, 266-281. (V. *infrà*, n° 523.)

493. Facture (de la), E. Vidari, *Arch. giur.*, XI, 3-43.

494. Faillite ou concours dans le droit ancien et dans les législations modernes; étude de législation comparée, F. Milone, *Arch. giur.*, XVI, 169-199; 293-320.

495.—Du défaut du créancier dans la procédure de faillite, Cuzzeri, *Arch.*, *giur.*, XI, 186-189.

496. Industrielle (l'Italie), Alb. Errera. Rome-Turin-Florence, 1873. Liv. Ier, histoire des industries, du moyen âge à 1866, Loescher, p. 81-138; liv. II, industries maritimes, constructions navales, marine marchande et pêche, spécialement dans l'Adriatique supérieure, en Italie et en Autriche-Hongrie, p. 139-343, avec statistiques et tableaux; 10 fr.

497. Lettre de change (la), E. Vidari. Florence, Pellas, 1869, 700 p. in-8° ; 10 fr. (V. *suprà*, n°s 85 et 86; *infrà*, n°s 524, 525, 679, 680, 744 et 745.)

498.—Sa vraie nature; suppression de la remise de place en place et de l'énonciation de valeur; son assimilation au billet à ordre, Tuzzolino, *Circol. giur.*, VIII, 122-134.

499.—Développement de la lettre de change dans la science et dans le droit, Marghieri. Naples, 1876, Perrotti.

500. Louage. Le crédit personnel dans l'industrie agraire du fermier (donner aux louages de biens ruraux le caractère commercial), B. Cipelli. Parme, 1873, Grazioli.

501. Magasins généraux (des). Nouvelles études sur les lois et règlements, en Italie et à l'étranger (règlements de Marseille, Paris, Bordeaux, Anvers) et réformes à apporter à la loi italienne du

Digitized by Google

3 juillet 1871, Errera, *Arch. giur.*, XVII, 220-264. (V. *suprà*, n°s 16 et 84; *infrà*, n° 775.)

502.—Modifications à apporter à la loi italienne sur les magasins généraux, Sacchia. Venise, 1875, Ongania.

503. — Les magasins généraux, Vidari. Milan, 1876.

504. Marchés à terme (les) et le projet de loi (présenté le 27 novembre 1873, Minghetti), concernant la taxe sur le trafic des titres de bourse, Supino, *Arch. giur.*, XII, 425-444. (V. *suprà*, n°s 15, 87 et 483.)

505. Maritime (droit). Le droit maritime de l'Allemagne du Nord comparé avec le livre II du Code de commerce italien, G. B. Ridolfi, CXXX-272 p. in-8°. Florence, Pellas, 1871; 5 fr., contenant entre autres la traduction en italien du titre V du Code de commerce général allemand et les conditions générales pour les assurances maritimes publiées par la chambre de commercede Hambourg; écrit pour servir à la commission chargée de la réforme du Code de commerce, dont l'auteur était secrétaire. (V. *suprà*, n°s 15, 92, 93.)

506. Navires. Une innovation du Code de commerce italien (art. 285, n° 12), généralement inaperçue quant au privilége du constructeur de navire, savoir : le voyage ne purge pas le privilége, lequel subsiste, mais peut, selon les circonstances, être primé par des priviléges acquis postérieurement; Sibilla, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 2.

507. Propriété littéraire, artistique et industrielle. Des droits de s auteurs d'œuvres de l'esprit, études théoriques et pratiques sur la législation italienne, comparée à celle des autres nations, avec les traités internationaux et les décisions des magistrats italiens et étrangers, M. Amar. Turin, 1874, Bocca, 720 p. in-8°; 11 fr. (V. *infrà*, n°s 510, 511.)

508. Report. Du contrat de report, E. Vidari, *Arch. giur.*, XI, 567-595. — Même sujet. P. S. Mancini, *Casaregis*, 1876, n°s 8, 9 et 10. (V. *infrà*, n°s 519 et 520.)

509. Sociétés par actions. Vœux pour la réforme de la législation, Sacerdoti. Padoue, 1875. (V. *infrà*, n°s 527-529.)

510. Théâtres. Jurisprudence théâtrale, P. Ascoli. Florence, 1871, Pellas; 4 fr.

511. — Législation et jurisprudence des théâtres avec traité sur les droits d'auteurs, E. Rosmini. 2e édit.. Milan, 1875, 2 vol. in-8°, 1400 p.; 16 fr.

512. Titres au porteur (des), études juridiques, E. Galuppi. Turin, 1876, Bocca. Compte rendu *Arch. giur.*, XV, 598-603; XVI, 158-160.

513. — De leur revendication dans un cas spécial (celui où ils on été donnés en gage par le dépositaire infidèle); G. Levi. *Arch. giur.*, XI, 456-526, 614-638; XII, 65-93.

Digitized by Google

514. — De leur destruction ou perte dans les rapports du possesseur avec le débiteur; Ang. Maierini, *Arch. giur.*, XV, 331-352.

RÉFORME DU CODE DE COMMERCE ITALIEN.

515. Projet préliminaire du nouveau Code de commerce, rédigé par la commission nommée en 1869 (Alianelli, prés.), publié avec procès-verbaux et documents et envoyé aux Cours, aux Universités et aux Chambres de commerce, invitées à donner leur avis d'abord sur les sociétés, les *cambiali* (lettres de change et billets à ordre) et les transports. (V. *infrà*, n° 531.)

516. Le Code de commerce, G. B. Ridolfi. Florence, 1870 (Exposé des principes adopté par la commission de 1869).

517. Étude sur le projet préliminaire du nouveau Code de commerce, E. Vidari. Milan, 1874, Hoepli, 400 p. in-16.

518. Les traditions italiennes et la réforme du Code de commerce, Pierantoni.

519. Le projet préliminaire et la loi des actes commerciaux et industriels; A. Errera, *Arch. giur.*, XII, 224-268 (bourses, report).

520. Les articles 1 à 71 du projet préliminaire; D. Supino, *Arch. giur.*, XIII, 521-562 (considérations générales, actes de commerce, commerçants intermédiaires, livres de commerce, obligations commerciales en général, vente, report).

521. Rapport du secrétaire de la chambre de commerce de Brescia (Benedini) sur les titres I à VII, X, et chap. 1er du titre XI du projet préliminaire. Brescia, 1877.

522. Banqueroute (la) dans le projet préliminaire du Code de commerce et dans le projet de Code pénal; Vidari. *Arch. giur.*, XIII, 3-23.

523. Compte courant (le) dans le projet prélim.; Supino, *Arch. giur.*, XVI, 200-206.

524. Lettre de change (la) dans le projet prélim., Cattaneo. Milan, 1874; 1 fr. 50 c. (V. *infrà*, nos 744 et 745.)

525.—Observations sur le titre du projet préliminaire relatif aux *cambiali;* Sacerdoti, *Arch. giur.*, XIII, 291-322.

526. *Moratoria* (délai accordé au failli) dans le projet préliminaire; Supino, *Arch. giur.*, XVIII, 309-327.

527. Sociétés. Projet définitif sur les sociétés commerciales, présenté le 8 décembre 1874 par les ministres de la justice (Vigliani) et du commerce (Finali).

528. — Observations sur les projets, préliminaire et définitif, comparés, relatifs aux sociétés commerciales; Vidari, *Arch. giur.*, XVI, 3-32, 215-251, 439-482.

529. — Sur les réformes à introduire dans le projet relatif aux sociétés. Maso-Trieste, 1877. Padoue. (V. *suprà*, n° 89.)

530. Danger de présenter comme lois spéciales les diverses par-

Digitized by Google

ties du Code de commerce; Vidari, *Giornale delle leggi*, 1873, n° 3.

531. Nouveau projet de Code de commerce présenté au Sénat le 18 juillet 1877 par le président du conseil (Depretis) au nom des ministres de la justice (Mancini) et du commerce (Majorana-Calatabiano).

G. Droit criminel et statistique pénale.

PÉRIODIQUES SPÉCIAUX.

532. *Rivista penale*, revue pénale de doctrine, législation et jurisprudence, dirigée par Luigi Lucchini, professeur à l'École supérieure de commerce de Venise; paraît par livraisons mensuelles de plus de 100 p.; 2 vol par an; 18 fr. en Italie, 22 fr. États d'Europe; fondée en 1874, direction à Venise, administration à Padoue; depuis août 1877, direction et administration ont été transférées à Rome, via S. Romualdo al Corso, 262. — Le défaut de temps et d'espace nous empêche d'indiquer tous les articles de cet important recueil, le plus complet et le mieux conçu que nous connaissions sur la matière. Nous signalerons particulièrement les nombreuses études qu'il contient sur le projet de Code pénal italien et sur les législations étrangères, l'analyse des décisions judiciaires italiennes et étrangères, une abondante bibliographie, enfin une collection de Codes étrangers traduits en italien (Code pénal de la Grèce de 1833, Code pénal du Tessin du 25 janvier 1873 [dans son texte original], Code de procédure pénale de l'Empire d'Allemagne, du 1er février 1877).

533. *Rivista di discipline carcerarie*, avec bulletin officiel de la direction générale des prisons et bulletin international pour l'étude de la réforme pénitentiaire (ce dernier, en français), dirigée par Beltrani Scalia, inspecteur général du ministère de l'intérieur; 7me année en 1877, Rome; 10 fr. par an, Italie; 15 fr., France, Allemagne, Angleterre, Suisse. — Nous regrettons, comme pour le précédent recueil, de ne pouvoir en indiquer tous les articles. (V. *suprà*, nos 180-205.)

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE, ENSEMBLE.

534. Dictionnaire de jurisprudence pratique pénale, par L. Lucchini et G. Manfredini; recueil alphabétique et raisonné des décisions rendues en Italie de 1865 à 1875. En cours de publication. Padoue, Sacchetto. L'ouvrage formera 2 vol. in-8° de 800 p. chacun.

535. Fr. Carrara, professeur à l'Université de Pise. Programme du cours de droit criminel; partie générale, 1 vol. in-8°, 4e édit.; 7 fr. (traduite en français par P. Baret, Marescq, 1876); partie spéciale, 7 vol. in-8°, 3e édit. 41 fr. — Opuscules de droit criminel, 5 vol. in-8°, 2e édit., Lucques, 1870-1874. — Leçons sur le degré de la force physique du délit, 6e édit. Lucques, 1870. — Linéaments de

Digitized by Google

pratique législative pénale. Turin, 1874; 8 fr. — Pensées sur le projet de Code pénal italien de 1874. Florence, 1874, Cammelli; 3 fr.

536. P. Ellero, professeur à l'Université de Bologne.—Opuscules criminels. Bologne, Fava et Garagnani, 1874, 477 p. in-8°; 10 fr.—(Origines historiques du droit de punir; prévention des crimes; moindre responsabilité pénale des femmes; amendement des condamnés; duel (p. 169-245); jury; preuves; études sur les projets de Code pénal italien et portugais, sur le Code pénal allemand).

537. E. Pessina, professeur à l'Université de Naples; Éléments de droit pénal, 3e édit. Naples, 1871.—Parties spéciales du droit pénal. Naples, 1873.— Opuscules de droit pénal. Naples. 1874, Marghieri (Doctrine de l'expiation; observations sur la doctrine de Trendelemburg; conditions de la philosophie du droit pénal en France; progrès du droit pénal en Italie dans le XIXe siècle jusqu'en 1874; étude sur le Code pénal belge de 1867; vue générale de la procédure pénale italienne; le jury; les échevins dans les législations allemandes modernes; la vie et les œuvres de C. J. Mittermaïer).

538. G. Tolomei, recteur de l'Université de Padoue, Droit et procédure pénale. Padoue, 1876, Sachetto, 3e édit.; 8 fr.

DROIT PÉNAL : GÉNÉRALITÉS.

539. Le Code pénal toscan (texte, avec les modifications apportées par la loi du 8 avril 1856 et par les règlements, 3e édit., précédée d'une lettre de Carrara. Florence, Cammelli, 1875; 2 fr. 50.

540. Commentaire du Code pénal toscan, Puccioni. Pistoie, 1855-1860, 5 vol. in-8°; 35 fr.

541. Législations pénales comparées, Speciale Costarelli, 2e édit. Catane, in-4°; 14 fr.

542. Du délit et de la peine, Tancredi Canonico, 2e édit. Turin, Brero, 1877 (cours de 1re année à l'Université de Turin); 8 fr.

543. Éléments de droit pénal, B. Paoli. Gênes, 1871; 3 fr.

544. Cours de droit pénal comparé, Zuppetta, 1re partie : métaphysique de la science des lois pénales. Naples, 8e édit., 1871, Jovene, 3 vol. in-8°; 18 fr. 50.

545. Linéaments d'une histoire idéale de la pénalité, P. S. Mancini. Rome, 64. p., 1874 (leçon d'ouverture).

DROIT PÉNAL : SPÉCIALITÉS.

546. Amendement des condamnés (de la peine et de l'), Vinc. Garelli, Florence, Barbèra, 1869; 4 fr.

547. Duel. La jurisprudence du duel, Fambri, Florence, Barbèra, 1871; 3 fr. (V. *suprà*, nos 24 *in fine*, 211, 536.)

548. Escroquerie. Y a-t-il délit d'escroquerie (*truffa*) dans le fait du vendeur qui trompe sur la quantité de la marchandise en usant des poids et mesures légaux? O. Lelli, *Arch. giur.*, XII, 578-583.

Digitized by Google

549. Mort (peine de). De la meilleure manière de la combattre (en montrant qu'en fait elle n'est pas nécessaire); Zaban, *Arch. giur.*, XII, 515-546.

550. — L'assassinat et la peine de mort; études politiques, criminelles et psychologiques, d'après les conférences tenues à Berlin et à Munich par le professeur Holzendorff; traduction italienne Garofalo. Naples, 1877, 800 p. in-8°.

551. Passions (l'impulsion des); Taranto, *Circol. giur.*, VIII, 161-174, 193-305.

552. Péculat. Compétence et procédure pénales et administratives, Tango, *Arch. giur.*, XII, 546-562.

553. Politique (les délits de pure création), Del Lungo. Florence, 1870; 6 fr.

554. Récidive. Quelques moyens pour atténuer les causes et les conséquences de la récidive, par d'Olivecrona, trad. ital., Lazzarini. Pavie, 1875 (avec statistiques pour l'Italie.)

555. Tentative punissable et ses rapports avec la complicité, Taranto. Palerme, Montaina, 1876, 194 p. in-8°; 4 fr.

556. Suicide (du), quant au droit de punir, d'après le dernier projet de Code pénal italien, de Mauro. Catane, 1876; 53 p. in-8°.

PROCÉDURE PÉNALE : GÉNÉRALITÉS.

557. Le Code de procédure pénale de 1859 coordonné avec celui de 1865, Ferrarotti. Turin, 3 vol. in-8°; 28 fr. 50.

558. Du jugement pénal, Tan. Canonico (Cours de 2e année à l'Université de Turin). Turin, Brero, 1871; 8 fr.

559. La procédure pénale, Raim. Perotta, conseiller à la Cour de Bologne; en cours de publication. Parme, Ferrari; a paru, le tome Ier, 939 p. in-8°, 12 fr., et du t. II, 7 livraisons (jusqu'à l'article 250 C. pr. pén.).

560. Commentaire du Code de procédure pénale, Fr. Saluto, 2e édit. Rome, Bocca, en cours, t. I et II, 1877, 518 p.; 654 p. in-8°; 10 fr. le volume.

561. Le Code de procédure pénale commenté, Borsani et Casorati. Milan, Pirola, t. Ier, 1873; t. II, 1876.

562. Le Code de procédure pénale, A. Vismara. Naples, 1871, 2e édit.; 6 fr.

563. Institutes de procédure pénale, Madia. Naples, 1872; 5 fr.

PROCÉDURE PÉNALE : SPÉCIALITÉS.

564. Contumace. Observation sur les contumaces et la comparution en justice; E. Sala, *Arch. giur.*, XVII, 164-176.

565. Jury. Loi du 8 juin 1874; observations et commentaire, L. Franceschini, et en appendice, les discours de MM. Pisanelli, Vigliani et Mancini. Rome, Barbèra, LXXXI-326 p. in-12. — Com-

Digitized by Google

mentaire, R. Perotta. Plaisance, Solari, 1875, 588 p. in-12; 3 fr. — La nouvelle loi étudiée dans ses rapports avec la science et avec l'histoire, E. Cardona. Naples, Nobile, 80 p. in-12; 1 fr.

566. — Le jury en Italie; Caruso, *Arch. giur.*, XII, 343-370. (V. *suprà*, n° 20.)

567. — Du juge et du jury; traduction italienne d'un article anglais anonyme de la *Westminster Review*, où le jury est condamné comme institution présentant moins de garantie que celle du jugement par juge; *Arch. giur.*, XI, 527-566.

STATISTIQUE PÉNALE.

568. Statistique des prisons pour les années 1871, 1872, 1873, 1874 (t. V à VIII), publiée par le ministère de l'intérieur. 1 vol. in-4° pour chaque année. Rome.

569. Statistique pénitentiaire internationale, tome Ier pour 1872, en français. Rome, impr. Artero, 1875, 109 p. in-4° (Autriche-Hongrie, Belgique, Danemark, France, Grande-Bretagne, Italie, Pays-Bas, Prusse, Saxe, Suède, Suisse).

LE PROJET DE CODE PÉNAL ITALIEN.

570. Projet de Code pénal présenté à la Chambre des députés le 25 novembre 1876 avec le Rapport du ministre (Mancini), livre Ier (art. 1-119 : dispositions préliminaires; des peines; des infractions (*reati*); des modes d'extinction de l'action pénale et des peines). Rome, impr. royale, 1877, 296 p. in-4°.

571. Résumé des observations et des avis de la magistrature, des Facultés de droit, des conseils de l'ordre des avocats, des Académies de médecine et des médecins légistes sur les amendements au livre Ier du projet proposés par la commission instituée par décret du 18 mai 1876; annexe au rapport ministériel Mancini. Rome, impr. royale, 1877. 336 p. in-4°.

572. Travaux de la commission instituée par décret du 18 mai 1876; 1re partie; procès-verbaux et amendements relatifs au livre Ier; mai-juin 1876. Rome, impr. royale, 160 p. in-4°.

573. Le projet de Code pénal suivant le texte amendé par la commission du 18 mai 1876 (prés. Mancini), comparé avec : 1° le projet Vigliani approuvé par le Sénat (1875); 2° le projet présenté par la commission ministérielle (prés. Borsani) en 1870; 3° le projet présenté par la commission ministérielle (prés. Pisanelli) en 1868; 4° le Code sarde de 1865; 5° le Code toscan de 1853; les six textes en regard; livre Ier. Publication spéciale de la *Rivista penale*, en supplément à son tome V; prix du supplément séparé; 3 fr. Rome, 1877, CX p. in-4°. (V. *suprà*, n°s 24 et 532.)

Digitized by Google

H. Droit public, constitutionnel et administratif.

PÉRIODIQUES SPÉCIAUX.

574. *Rivista amministrativa del Regno*, journal officiel des administrations centrales et provinciales, des communes et des établissements de bienfaisance, fondée à Turin par V. Alberti; actuellement à Rome, Ripetta, n° 76; une fois par mois; 14 fr. par an; 27e année.

575. *La Giurisprudenza del Consiglio di Stato*, recueil des avis et décisions du Conseil d'État en toutes matières, dirigé par le professeur Galeazzi. Rome, typ. romaine: par livraisons mensuelles de 128 pages in-8°; 20 fr. par an. Fondé en 1875.

576. Bulletin de jurisprudence administrative et financière. Rome, typ. romaine, 1874.

577. Bulletin administratif, journal de quinzaine, dirigé par Assuero et V. Cerullo. Naples, 1876; 6 fr. par an.

578. Revue de la bienfaisance publique et des institutions de prévoyance, dirigée par G. Scotti. Milan, 5e année en 1877; une fois par mois; 2 vol. avec tables, par an, 20 fr.; 24 pour l'étranger.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF EN GÉNÉRAL.

579. Traité de droit constitutionel, Casanova, 2e édit. Florence, 1869; 2 vol. in-8°.

580. Code politique ou le Statut annoté, La Pegna. Naples, 1871; 8 fr.

581. Cours de droit constitutionnel, introduction, Sansonetti. Naples, 1872; 5 fr.

582. Traité de droit constitutionnel, A. Pierantoni. Naples, 1873, Marghieri; 6 fr. 50.

583. Cours de droit constitutionnel, Giac. Pagano. Palerme, Pedone Lauriel, t. Ier, 1873; 5 fr.

584. Institutes de science politique, Scolari. Pise, 1871; 9 fr.

585. L'Italie nouvelle et sa Constitution, T. Arabia. Naples, 1872.

586. Du gouvernement du royaume, études, G. Casnati. Milan, 1877, Bolchesi, 535 p. in-8°; 4 fr.

587. La liste civile du roi d'Italie, Gius. Polignani. Naples, 1877, de Angelis.

588. Droit public universel de Bluntschli; traduction italienne sur la 4e édition allemande de G. Trono, avec introduction du traducteur, notes et additions des professeurs de l'Université de Naples, Imbriani, Beltrano, Pepere, Pessina et Persico. Naples, Jovene, 1876, 2 gros vol. in-8°; 23 fr.

589. L'idée de l'État selon Bluntschli, Picardi, *Arch. giur.*, XVII, 91-123.

Digitized by Google

590. Principes de droit administratif, Persico. Naples, 1872-1874, 2 vol. in-8°; 10 fr.

591. Principes de droit administratif, par Giov. Manna, ancien ministre d'État et professeur à l'Université de Naples, 3e édit., avec des appendices et des notes sur l'état actuel de la législation et de la jurisprudence administrative italienne et le rapprochement de la législation des principaux États d'Europe et d'Amérique, par Giov. Telesio; en cours de publication; a paru t. Ier, 354 p. in-8° (État, souveraineté, administration; hiérarchie civile, Conseil d'État, Cour des comptes; administration locale); du tome II, 4 livraisons (hiérarchie militaire; finances et impôts; administration civile). Naples, Jovene; 12 fr.

592. Cours de droit public administratif professé à l'Université de Pise par G. de Gioannis Gianquinto. Florence, 1877, en cours de publication. A paru le tome Ier, CLVI-448 p. in-8°. (Aperçu raisonné du cours et prolégomènes, avec un *proœmium* sur les causes qui corrompent et vicient le droit public administratif d'un État.)

MATIÈRES ET QUESTIONS SPÉCIALES.

593. Administration communale et provinciale. Commentaire de la loi du 20 mars 1865, Arabia et Adorni. Florence, 5 fr.; — La Pegna. Naples, 8 fr.

593 *bis*. — Le maire (*sindaco*) dans le droit administratif italien, Vinc. Conti. Naples, 1875, Marghieri; 6 fr.

594. — Système municipal anglais comparé à la loi communale italienne, Manfrin. Florence, 1871; 8 fr.

595. — La Commune et l'État, Galeazzi. Florence, 1871; 6 fr.

596. — Réforme du droit communal et provincial en Italie; esquisses du professeur de Gioannis Gianquinto; *Annali della giur. ital.* t. VI, 1872, 3e part. p. 56-145.

597. — L'électorat censitaire dans le droit communal et provincial; par le même, *ibid.* t. IX, 1875, p. 5-40.

598. — Projet de loi communale et provinciale, Patirani. Bergame, 124 p. in-16.

599. — Sur la réforme de la loi communale et provinciale, Plateo, Stradella, 48 p. in-8°.

600. — Les sanctions pénales dans les règlements de police municipale; Rignano, *Arch. giur.*, XIII, 583-588.

601. Bienfaisance publique. (V. au n° 578, *suprà*, le périodique spécial). Les hospices d'enfants trouvés ou abandonnés *Brefotrofi* et l'exposition des enfants, N. de Crescenzio, gouverneur de l'établissement *dell' Annunziata* de Naples; rapport, législation comparée et propositions de réforme. Naples, Giannini, 1873, VIII-344 p. in-8°; 5 fr.

Digitized by Google

602. — Histoire de la charité à Naples, par la duchesse de Ravaschieri, 2 vol. 8°. Naples, 1875.

603. — Gouvernement et réforme des œuvres pies sous le rapport économique et administratif, de Kiriaki et Salvagnini; rapports au nom du comité vénitien, discussions et dissertations. Padoue, 1876, typogr. de la Minerve.

604. — Réforme des œuvres pies, G. Scotti. Milan, 1876, typogr. Lombarde.

605. Conflits d'attribution (les) entre les autorités judiciaire et administrative en Italie, G. Mantellini, conseiller d'État et député. Florence, Barbèra, 1re partie, 1871, 156 p. in-8°; 2 fr. 50; 2e partie, 1873, 204 p. in-8°; 3 fr.

606. — Propositions de réformes du système des conflits, de Gioannis Gianquinto; *Arch. giur.*, XI, 44-68; 143-176. (V. *suprà*, n° 109 *bis*.) — Du même auteur, Traité théorique et pratique des conflits d'attribution. Florence, 1873, Niccolai, 425 p. in-8°; 6 fr.

607. — Compétence judiciaire et administrative et conflits : Pintor Mameli, secrétaire dn ministère de l'intérieur. Rome, 1874, Artero; 2 fr. 50.

608. — Compétence et procédure, Wrzy. Palerme, 1876, Montaina.

609. — Les conflits d'attribution et l'organisation administrative et judiciaire, discours au Sénat les 22, 24, 26 et 28 février 1877, de Fr. Borgatti. Rome, Forzani.

610. — Discours les 23 et 27 février du ministre P. S. Mancini. Rome, Forzani.

611. — Le patriciat sabin, les actions possessoires et les conflits d'attributions; M. Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1877, nos 3, 15, 17.

611 *bis*. Contrats administratifs. Des contrats des administrations publiques; dispositions, décisions, tarifs et formules pour les entreprises, louages et aliénations... de l'État, des provinces, des communes et des œuvres pies, Astengo et Pintor-Mameli. Milan, 1876, 4 fr. 50.

612. Ecclésiastique (droit). (V. *suprà*, n° 248.) Questions de droit canonique nouveau, en matière civile et pénale, exposé d'après le système juridique allemand et rapproché des lois romaines et de la police ecclésiastique en Italie, avant et depuis son unification avec la juris prudence des tribunaux jusqu'à la fin de 1873, G. Spennati. Naples, Jovene, 1873; 5 vol. in-8°; 34 fr.

613. — Des principales questions sociales et religieuses; Giac. Cassani. Bologne, 1876, 2 vol. in-8°; t. Ier, valeur juridique du concile du Vatican, 420 p. in-8°; t. II, propriété ecclésiastique en Italie et lois qui la gouvernent, 734 p. in-8°.

Digitized by Google

614. — Discours parlementaires : sur la question romaine (1861-1870), sur l'indépendance spirituelle du souverain pontife et sur la liberté de l'Église (1871), P. S. Mancini. Florence, 1871, Botta.

615. Le gouvernement de la paroisse selon les lois de l'État, G. Rivarolo. Verceil, 3e édit., 1875; 8 fr. 50.

616. — Distinction des biens au point de vue civil et religieux; Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1877, nos 7 et 9.

617. — La conversion des bénéfices pourvus; Bucellati, *Giornale delle leggi*, 1877, nos 32, 33 et 34.

618. Élections. Du pouvoir électoral dans les États libres : L. Palma. Milan, 1869, Treves, 456 p. in-8°.

619. — Théorie de l'élection politique, G. Padelletti, Naples, 1870, VII-305 p. in-8°.

620. — Liberté et démocratie, étude sur la représentation des minorités : Brunialti. Milani, 1871, Treves; 5 fr. (V. *suprà*, n° 27.)

621. — De la liberté et de l'équivalence des suffrages ou de la représentation proportionnelle des majorités et des minorités : Fr. Genala. Milan, 1871, Vallardi; compte rendu, *Arch. giur.*, VIII, 300-307.

622. — La logique du système représentatif, E. di Brissogne. Pignerol, 1871; compte rendu, *Arch. giur.*, VIII, 422-24.

623. — De la représention proportionnelle en Italie : Sydney Sonnino. Florence, 1872, Barbèra, 50 p. in-4°.

624. — La représentation proportionnelle dans les élections des conseils communaux, Palma. Florence, 1873.

625. — La doctrine de la représentation personnelle; critique des propositions de réforme du système électoral et résumé des principales objections; Salandra, *Arch. giur.*, XV, 181-204.

626. — La question électorale; A. Siragusa, *Circol. giur.*, VIII, 65-80; 97-113 (se prononce pour la représentation des minorités).

627. Exécution forcée contre les administrations de l'État : Enr. Loasses, avocat du trésor, Legge, 1876, nos 44 et 45, et Barletta, 42 p. in-4°.

628. Expropriation pour cause d'utilité publique, Marrucchi. Rome, 1871; 3 fr. 50.

629. Finances et impôts. Collection des lois et décrets en matière de finances publiée par Stefanoni, secrétaire du ministère des finances. Florence, 1875; 7 vol. in-8°; 50 fr.

630. — Notions historiques sur l'administration de la dette publique du royaume d'Italie, Mancardi. Rome, 1876, 4 vol. impr. royale.

631. — Les finances de l'État : Em. Morpurgo, 1873.

632. — Premiers éléments de la science des finances, L. Cossa, 2e édit. Milan, Hoepli, 1876.

633. — L'impôt sur les revenus de la richesse mobilière, Giovanelli. Florence, 1871; 3 fr.

Digitized by Google

634. — La nouvelle loi sur le recouvrement des impôts directs, Pavan. Venise, 1871; 4 fr. 50. (V. *suprà*, n° 108.)

635. — Que doit payer le domaine de l'État quand lui est dévolu l'immeuble d'un débiteur d'impôts? F. Nardi, *Arch. giur.*, XVI, 288-292.

636. — Si et à partir de quel moment les comptables de l'État doivent les intérêts de leur dette; Tango, *Arch. giur.*, XVIII, 277-292.

637. Liberté (de la), traité du professeur P. Sbarbaro. Bologne, 1871, Zanichelli, XXXII-512 p. in-8°; 8 fr.

638. Liberté de la presse (la) revendiquée, Vinc. Cavicchia. Naples, 1873, de Angelis; 18 p. in-4°.

639. Pêche. Études de législation comparée, questions et examen des projets des ministres Castagnola (1er décembre 1871) et Finali (10 décembre 1873); Gatteschi, *Arch. giur.*, XI, 370-394; XII, 563-577; XIV, 55-74.

640. Police et sûreté publique. La police en Italie comparée avec celle des autres États de l'Europe et les classes dangereuses de la société, Bolis. Bologne, 1871, 5 fr., Zanichelli, 1018 p. in-8°; 12 fr.

641. — Commentaire de la loi sur la sûreté publique, Ferretti, 2e édit. Naples, 1871; 2 fr.

642. — Des personnes suspectes, G. Curcio. Milan, 1874. — Gatteschi, *Arch. giur.*, XV, 380-399.

643. Prostitution (de la), Ant. Veronese. 1876. — Étude à propos de cet ouvrage; Guetta, *Arch. giur.*, XVIII, 85-111.

644. Responsabilité pénale et civile des ministres et des autres officiers publics, selon les lois du royaume et la jurisprudence, Ad. Bonasi. Bologne, Zanichelli, 1874, XXXVIII-643 p. in-8°; 10 fr.

645. Responsabilité de l'État pour la restitution des dépôts faits aux greffes des tribunaux; note du ministère des finances du 5 mars 1876 et note de l'avocat général du Trésor (Mantellini) du 6 mars : *Monitore dei tribunali*, 1876, n° 13. — Même sujet, Bertolini, *ibid.*, n° 18.

E. DUBOIS.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

4539. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

QUELQUES QUESTIONS SUR LA FAILLITE DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Par M. Ripert, agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

1. C'est un fait bien connu, et déjà bien des fois signalé, que l'importance chaque jour croissante prise par les questions de droit international privé. Débattues devant les tribunaux, discutées par les jurisconsultes, tranchées quelquefois, mais dans des cas trop rares, par les traités diplomatiques, ces questions intéressent aujourd'hui et attirent à des degrés divers quiconque s'occupe du droit.

Par malheur, comme il arrive presque toujours quand il s'agit de difficultés nouvelles, et qui de près ou de loin mettent en jeu des considérations d'ordre politique, ceux qui les ont étudiées ne se sont pas suffisamment gardés de toute prévention. Les uns emportés, qu'ils nous pardonnent le mot, par une ardeur plus généreuse que juridique, ont proposé de les résoudre à l'aide de principes fort rationnels, fort équitables, mais trop récemment formulés, pour qu'on puisse les considérer comme consacrés par les rédacteurs de nos Codes. D'autres, dans le désir peut-être instinctif de réagir contre des tendances qu'ils n'approuvaient pas, sont restés, à la faveur de l'absence presque complète de textes, en deçà de la pensée du législateur, si bien que sur nombre de points sont nées des opinions tout à la fois très-divergentes entre elles, et également éloignées de la volonté de la loi.

Aussi il ne sera peut-être pas sans utilité et sans intérêt d'étudier, à propos de quelques décisions récentes, diverses questions se rattachant à la matière de la faillite, et qui, au moins dans leur ensemble, n'ont pas encore été, à notre gré, exactement résolues.

2. Voici, en peu de mots, les faits d'ailleurs très-simples sur lesquels sont intervenues ces décisions :

Une société anglaise, la société Hoffmann et Ce, a une maison de commerce à Londres et des succursales dans di-

Digitized by Google

verses villes étrangères, notamment à Paris. Par arrêt de la Cour des faillites de Londres, du 21 mars 1876, elle est déclarée en faillite, et pourvue d'un *trustee* ou syndic. Quelques jours après, ne tenant pas compte de ce jugement, un créancier français poursuit la succursale de Paris, et en fait prononcer la faillite, par décision du tribunal de commerce de la Seine. Le syndic anglais, pensant que la faillite de la maison principale embrasse virtuellement celle des succursales, forme tierce opposition à ce jugement, et demande le rapport de la faillite ouverte devant la justice française.

A sa demande une double fin de non-recevoir est opposée. On lui objecte que, nommé par un jugement qui n'a pas été revêtu de l'exequatur en France, il n'a pas, aux yeux de la loi française, la qualité de syndic, et qu'en tous cas il n'est point recevable à exercer les actions de cette faillite.

De ces deux fins de non-recevoir, la dernière au moins paraît fondée au tribunal de commerce, qui, par jugement du 13 octobre 1876, repousse la demande en tierce opposition [1].

Battu de ce côté, le syndic anglais s'adresse alors au tribunal civil de la Seine, et lui demande de déclarer exécutoire le jugement de la Cour des faillites de Londres. Ici encore sa prétention est rejetée. Un jugement du 26 juillet 1877 lui

[1] Voici les termes du jugement :

« Sur le défaut de qualité de White :

« Attendu que White se présente comme syndic de la faillite Hoffmann « et Ce, déclarée à Londres par arrêt de la Cour des banqueroutes, du « 15 mars 1876;

« Attendu qu'il ne s'agit pas de l'exécution de cet arrêt, mais seulement « de constater si White a bien les qualités dont il excipe; qu'il n'importe « donc pas sur ce point de savoir si ledit arrêt a été déclaré exécutoire en « France;

« Attendu que White justifie de sa qualité de syndic de la faillite Hoff- « mann et Ce; qu'en conséquence l'exception invoquée doit être repoussée;

« Sur la recevabilité de la tierce opposition :

« Attendu que l'arrêt de la Cour de Londres qui a prononcé la faillite « de Hoffmann et Ce n'a pas été déclaré exécutoire en France; qu'en con- « séquence White ne saurait y avoir aucune action, en sa qualité de syndic « de ladite faillite, et doit être déclarée non recevable en sa tierce opposi- « tion;

« Par ces motifs :

« Déclare la tierce opposition non recevable.

Digitized by Google

répond que l'ordre public français est intéressé à ce que les créanciers puissent poursuivre en France la faillite de la succursale établie à Paris, et que dès lors l'exequatur ne saurait être accordé à une décision étrangère qui paralyserait l'exercice de ce droit[1].

[1] Voici le texte de ce jugement :

« Attendu que White demande que le tribunal déclare exécutoire en « France un arrêt de la Cour des faillites de Londres du 15 mars 1876, qui « l'a nommé à l'effet d'administrer les biens et affaires d'Hoffmann, et d'en « prendre possession, décision suivie d'un autre arrêt du 21 du même mois « qui a déclaré le susnommé en faillite ;

« Attendu que Lamoureux soutient que la demande de White est non « recevable par ce motif que la faillite de Hoffmann a été déclarée en France, « suivant jugement du tribunal de commerce de la Seine du 23 mars 1876; « que White ayant formé tierce opposition à ce jugement, en a été débouté « par jugement du même tribunal du 13 octobre suivant, et que l'appel in- « terjeté par le demandeur contre cette décision étant pendant devant la « Cour, il y a lieu de surseoir à statuer sur la demande d'exequatur « jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur l'appel;

« Mais attendu que White, en demandant que le tribunal déclare exé- « cutoire l'arrêt de la Cour des faillites de Londres, ne fait qu'user d'une « faculté résultant de l'article 546 du Code de procédure civile; que si la « décision à intervenir sur ce point peut réfléchir sur la situation de la fail- « lite déclarée en France, la demande n'a pas identiquement le même objet « que l'instance pendante, devant la Cour d'appel, puisque, devant cette ju- « ridiction, il ne s'agit pas de l'exequatur de la sentence étrangère;

« Au fond :

« Attendu que la demande de White a pour but de lui permettre de « prendre possession de l'actif existant en France de la faillite de Hoffmann, « qui avait un établissement commercial à Paris, rue du Faubourg-Pois- « sonnière, n° 2, mais que cette demande ne peut être accueillie qu'autant « qu'elle ne porterait pas atteinte au droit que les créanciers français « tiendraient de la loi, de faire prononcer eux-mêmes la faillite par la juri- « diction nationale;

« Attendu que les dispositions légales, en matière de faillite, ayant pour « objet de donner une sanction aux obligations imposées aux commerçants, « touchent à l'ordre public, et constituent, sous ce rapport, une loi de police « applicable aux étrangers en France, quel que soit d'ailleurs leur domicile, « aux termes de l'article 3 du Code civil.

« Que, d'autre part, l'article 14 du même Code, en vue de protéger les « nationaux, attribuant compétence de la manière la plus générale aux tri- « bunaux français, pour connaître de l'exécution des obligations contractées « par un étranger envers des Français, il en résulte que ceux-ci sont fondés à « poursuivre en France, contre l'étranger qui a cessé ses payements, la dé- « claration de faillite, qui n'est qu'un moyen d'assurer l'accomplissement « des engagements d'un débiteur;

« Attendu qu'en présence de ce principe supérieur d'ordre public et de

Digitized by Google

En même temps que ces faits se passent en France, une demande identique en exequatur est portée devant la justice italienne, à raison d'une autre succursale établie à Milan. Mais là le résultat est tout autre, et un arrêt de la Cour de Milan du 15 décembre 1876 autorise l'exécution en Italie du jugement de la Cour de Londres.

Ainsi en France refus absolu d'appliquer les effets de la faillite déclarée à l'étranger, en Italie reconnaissance non moins absolue de ces effets, telles sont les solutions contraires auxquelles la jurisprudence des deux pays est arrivée.

Ces solutions sont-elles justifiées? tiennent-elles à une différence entre les deux législations? C'est ce que nous allons rechercher, en nous plaçant surtout au point de vue des tribunaux français, sauf à examiner ensuite séparément la décision de la Cour de Milan, dont les motifs ne nous sont pas connus.

3. Les difficultés, sur lesquelles ont eu successivement à statuer le tribunal de commerce et le tribunal civil de la Seine, me paraissent pouvoir se réduire à trois :

1° Le syndic anglais était-il recevable à agir en France au nom de la faillite, avant que le jugement déclaratif de faillite eût été revêtu de l'exequatur par les tribunaux français?

2° Dans tous les cas, ce jugement pouvait-il être déclaré exécutoire en France?

« protection, il importait peu que Hoffmann ait eu, ainsi que le prétend « White, son établissement principal à Londres, et que sa maison de Paris « n'ait été qu'une succursale; que les raisons que le demandeur invoque au « sujet des avantages de l'indivisibilité de la faillite, ne sauraient prévaloir « contre les dispositions des articles susvisés;

« Que l'article 438 du Code du commerce n'a nullement entendu déroger « aux règles générales de compétence à l'égard des étrangers;

« Attendu que l'exécution en France de la sentence de la Cour des fail- « lites de Londres, devant avoir pour conséquence de faire grief aux droits « des créanciers français, en ce qui concerne la faillite de leur débiteur, il « en résulte qu'il n'y a lieu d'accorder l'exequatur, alors surtout que La- « moureux, en sa qualité de syndic, a déjà procédé aux mesures prélimi- « naires de la faillite, mesures que ne pouvait entraver la sentence étran- « gère, qui n'ayant pas été rendue exécutoire en France était légalement « sans efficacité;

« Par ces motifs :

« Déclare White mal fondé en sa demande, l'en déboute..,.. (*Gazette des « tribunaux du 29 juillet* 1877). »

Digitized by Google

3° Enfin, en supposant l'affirmative admise sur ce dernier point, quels devaient être sur les biens du failli existant en France, plus spécialement par rapport à l'actif de la succursale française, les effets de l'exequatur accordé au jugement déclaratif de faillite?

4. I. La première de ces questions ne paraît pas avoir fait de difficulté pour le tribunal de commerce de la Seine. D'après lui, tant que le jugement déclaratif de faillite n'est pas exécutoire en France, le syndic étranger ne peut exercer, dans notre pays, les actions de la faillite. Toutefois, très-nette dans son dispositif, la décision du tribunal l'est beaucoup moins dans ses motifs, et ce n'est pas sans peine qu'on parvient à saisir la pensée qui a inspiré sa rédaction. Cependant, autant qu'il nous a été donné de comprendre l'argumentation du tribunal, voici à quoi elle se réduit :

Le jugement étranger, dit-on en substance, même avant d'être revêtu de l'exequatur, fait foi en France des énonciations qu'il contient. Par suite, dès que le syndic étranger justifie régulièrement de l'existence du jugement qui l'a nommé, nul ne peut lui reprocher un défaut de qualité.

Mais là s'arrêtent les effets du jugement déclaratif de faillite, et « tant que ce jugement n'a pas été déclaré exécutoire « en France, le syndic étranger ne saurait y avoir aucune « action en sa qualité de syndic. »

Que la première partie de ce raisonnement soit rigoureusement exacte, il est à peine besoin de le dire. La règle *locus regit actum* s'applique aussi bien à la force probante qu'aux conditions de validité des actes, et, dès qu'on représente une expédition dûment signée et légalisée d'un jugement étranger, on fait suffisamment la preuve de son existence et des diverses énonciations qu'il contient.

Mais nous ne saurions, au contraire, approuver la deuxième partie des motifs invoqués par le tribunal, si tant est qu'on puisse qualifier de motifs ce qui n'est autre chose que l'affirmation dénuée de preuves du principe à démontrer.

En effet, pourquoi le jugement déclaratif devrait-il être rendu exécutoire en France avant que le syndic agît au nom de la masse?

A mon avis, on ne saurait donner de cette exigence que deux explications :

Digitized by Google

On peut dire d'abord, et nous soupçonnons fort le tribunal de commerce de s'être arrêté à cette idée[1], que toute action intentée par le syndic constitue une exécution du jugement déclaratif de faillite.

En second lieu, on peut alléguer que les jugements étrangers n'ont pas en France l'autorité de la chose jugée, qu'ils n'acquièrent cette autorité qu'après avoir été revisés par le tribunal français saisi de la demande en exequatur, d'où cette conséquence, qu'aussi longtemps que le jugement étranger déclaratif de faillite n'a pas été rendu exécutoire en France, il n'y a, aux yeux de la loi française, ni faillite, ni masse de créanciers, ni syndic chargé d'agir en leur nom.

Mais nous ne craignons pas de l'affirmer, autant d'explications possibles, autant d'erreurs !

5. Et d'abord, dire qu'il y a exécution du jugement déclaratif, toutes les fois que le syndic agit comme représentant de la faillite, c'est commettre une véritable méprise sur le sens des mots. Sans doute, dans le langage ordinaire, l'exécution d'un jugement s'entend de tout acte d'obéissance volontaire ou forcée aux prescriptions qu'il édicte. Ainsi on dit très-exactement d'un débiteur condamné qui paye, qu'il *exécute* le jugement de condamnation. Mais lorsque la loi, dans l'article 546 du Code de procédure civile, veut qu'un jugement étranger ne soit susceptible d'exécution en France qu'après y avoir été revêtu de l'exequatur, elle prend le mot *exécution* dans un sens beaucoup plus restreint. Elle indique par là une exécution imposée à un débiteur récalcitrant à l'aide de la force publique. Et la preuve en est dans les motifs qui ont fait écrire cet article. Si notre législateur a voulu que tout jugement étranger, avant d'être exécutoire en France, fût déclaré tel par les tribunaux français, c'est par une raison des plus simples. D'après les principes du droit public, pour que les agents de la force armée puissent être valablement requis de faire exécuter un jugement ou un acte quelconque, il faut que le jugement ou l'acte représenté contienne un ordre à eux intimé par le chef du pouvoir exécutif. Or, comme un mandement semblable ne se trouve

[1] Voir en tous cas dans ce sens un jugement du tribunal civil de la Seine du 30 juillet 1872, Sirey, 1874, 2, 33.

Digitized by Google

pas de plein droit dans les jugements étrangers, l'article 546 a dû exiger qu'il y fût ajouté, après coup, par les tribunaux français. Mais précisément ce motif nous indique bien qu'il ne s'agit ici que d'une formalité préalable à l'exécution forcée d'une formalité destinée à mettre au service de la décision étrangère les agents de l'autorité française.

6. Cette explication écartée, on nous renvoie alors à la seconde, et nous nous trouvons en face d'un système qui raisonne comme suit : Les jugements étrangers n'ont l'autorité de la chose jugée en France, qu'après avoir été revisés par les tribunaux français. Or, comme cette révision n'a lieu que dans l'instance en exequatur, c'est seulement du jour où cette instance est terminée, que le jugement déclaratif de faillite existe au regard de la loi française.

Cette nouvelle manière de raisonner est, à notre sens, beaucoup plus plausible que la précédente, et même elle se déduit si logiquement du système aujourd'hui admis en jurisprudence sur l'autorité des jugements étrangers en France, qu'on peut s'étonner de ne la voir consacrée que par un petit nombre de décisions judiciaires [1].

Nous ne la croyons cependant pas exacte, pas plus d'ailleurs que la théorie générale dont elle n'est que l'application naturelle. Toutefois, pour la combattre, nous ne reprendrons pas la série des arguments ordinairement invoqués dans la fameuse controverse qui s'est élevée sur l'effet des jugements étrangers en France. Il nous suffira de faire valoir contre elle un petit nombre de considérations qui, pour n'avoir été que rarement proposées, n'en sont pas moins absolument décisives.

Le jugement, dans notre hypothèse, remarquons-le tout d'abord, avait été rendu contre un étranger, et même, — quoique ce ne soit pas là une circonstance bien décisive,— par un tribunal de la nation de cet étranger. Par suite, dans notre ancien droit, sous l'empire de l'ordonnance de 1629, ce jugement aurait eu en France la même efficacité que s'il avait été rendu par un tribunal français. Or, ce qui était vrai

[1] Voir arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1873, confirmant le jugement du tribunal de la Seine plus haut cité. Voir toutefois contre la doctrine de l'arrêt, la note de M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de Nancy.

Digitized by Google

sous l'ordonnance de 1629, ce qui n'a pas cessé de l'être sous le droit intermédiaire, l'est encore évidemment aujourd'hui, car l'intention des rédacteurs du Code civil, intention hautement attestée dans tous les travaux préparatoires, surtout à propos de l'article 11, a été de replacer les étrangers dans la situation qu'ils avaient sous notre ancienne jurisprudence française, et tout au moins de ne pas améliorer celle qui leur avait été faite durant la Révolution française. Et qu'on ne dise pas qu'autre chose est la question de la condition des étrangers en France, autre chose celle de l'autorité des jugements étrangers. En réalité les deux questions se lient intimement. Si l'on permet aux étrangers de demander la révision des jugements rendus à leur encontre, c'est évidemment une protection qu'on leur accorde, un droit qu'on leur confère et en définitive leur condition que l'on améliore.

Et cette observation nous permet de ne pas nous arrêter à une objection qui a été très-fréquemment formulée. On a dit que l'ordonnance de 1629 n'avait pas été enregistrée par tous les Parlements, et que si son article 121 avait été unanimement observé, notre ancien droit y avait cependant toujours vu, non pas un texte législatif, mais la simple reproduction d'une jurisprudence antérieure. D'où l'on a conclu qu'il n'avait pas survécu à la jurisprudence qu'il consacrait[1].

Cette objection, disons-le tout de suite, ne nous paraît pas fondée, car si les rédacteurs du Code civil ont entendu maintenir l'article 121 de l'ordonnance de 1629, ils ont dû lui donner le caractère d'une loi et le mettre ainsi à l'abri de l'abrogation par le non-usage.

Mais fallût-il l'admettre entièrement, et renoncer à invoquer l'ordonnance de 1629, nous arriverions encore, en partant de l'idée que nous invoquions tout à l'heure, à reconnaître aux jugements étrangers, qui ne sont pas rendus contre nos nationaux, l'autorité de la chose jugée en France. Les étrangers, d'après une opinion aujourd'hui fort accréditée en jurisprudence, ne jouissent chez nous que des prérogatives dérivant du droit des gens. Or le droit de demander la révision des jugements rendus par les tribunaux étrangers,

[1] Voir notamment les observations de M. Labbé, professeur à la Faculté de Paris, en note sous deux arrêts des 22 décembre 1863 et 22 avril 1864, Sirey, 65, 2, 60.

Digitized by Google

bien qu'admis dans beaucoup de pays, n'est pas unanimement consacré par la législation de tous les peuples civilisés. Ne sommes-nous pas dès lors amenés logiquement à conclure qu'en l'absence d'un texte formel de loi, les étrangers ne sauraient prétendre à la jouissance de ce droit?

Cette conclusion est d'autant plus nécessaire que dans le système inverse, il devient rationnellement impossible de justifier l'article 546du Code de procédure.

Cet article donne mission aux tribunaux français de rendre exécutoires les jugements étrangers, et cela lors même que les diverses parties au procès seraient toutes étrangères [1]. Si donc sur l'instance en exequatur, les tribunaux français ont le droit de reviser, au fond, la sentence des premiers juges, il suit qu'ils sont autorisés à connaître des contestations entre étrangers. Et cependant c'est un principe unanimement admis en jurisprudence, que ces contestations échappent à la compétence de nos tribunaux [2], et même suivant quelques arrêts [3], qu'elles y échappent si complétement que toute juridiction saisie doit d'office se déclarer incompétente.

Vainement dirait-on, pour expliquer cette contradiction, qu'il fallait bien permettre aux étrangers de poursuivre ceux de leurs concitoyens qui habitent en France. Il n'en reste pas moins que, dans ce système, notre législateur aurait commis la plus singulière des inconséquences, puisqu'il aurait défendu à nos tribunaux de juger de prime abord les procès entre étrangers, et leur aurait permis d'en connaître après décision préalable de la justice étrangère.

7. Les motifs que nous venons d'indiquer montrent suffisamment que notre sentiment serait autre, et que nous approuverions la doctrine du tribunal de commerce de la Seine, si le jugement, au lieu d'avoir été rendu contre un étranger, l'avait été contre un Français. Mais il est facile d'expliquer cette différence.

Déjà dans notre ancien droit français une distinction analogue avait été admise; le même article de l'ordonnance de 1629, qui consacrait virtuellement l'autorité des jugements

[1] Paris, 22 février 1869, Sirey, 69, 2, 144.

[2] Cass., 27 janvier 1857, Sirey, 57, 1, 161; Metz, 26 juillet 1865, Sirey, 66, 2, 237; Paris, 24 août 1875, Sirey, 76, 2, 212.

[3] Alger, 4 mars 1874, Sirey, 74, 2, 163.

Digitized by Google

rendus contre les étrangers, décidait que ceux intervenus contre les Français n'auraient aucune efficacité en France. Et l'on avait même poussé si loin le désir de défendre nos nationaux contre les décisions étrangères, qu'un édit du 2 juin 1778, enregistré au Parlement de Provence, avait fait défense aux Français se trouvant en pays étranger, de traduire d'autres Français devant les juges des puissances étrangères.

Il est vrai que ces diverses décisions n'ont pas été textuellement reproduites par notre législation moderne ; mais à défaut d'un texte formel on peut invoquer, en faveur de leur maintien, l'esprit général de notre Code.

Comme les rédacteurs de l'ordonnance de 1629, le Code civil est parti de cette idée, que l'impartialité des tribunaux dépendait de la nationalité des plaideurs. Comme eux, il en a tiré cette conséquence, que s'il n'avait pas intérêt à défendre les étrangers contre les décisions des tribunaux appartenant à une autre nation que la leur, il devait éviter aux Français le danger d'être jugés par la justice étrangère. Et nous en trouvons la preuve dans l'article 14. Un Français devient, pour une cause quelconque, créancier d'un étranger. De droit commun, il devrait agir devant le tribunal du domicile de son débiteur, c'est-à-dire, le plus souvent devant un tribunal étranger. L'article 14 lui permet au contraire de soumettre dans tous les cas le litige à la justice française, et le lui permet, apparemment, parce qu'il pense que cette justice offrira seule aux Français les garanties d'impartialité désirables.

Que ces idées soient injustes pour les tribunaux étrangers, qu'elles portent la trace de jalousies nationales qui ne sont plus de notre époque, nous le reconnaissons volontiers; mais il n'en reste pas moins qu'après s'être montré, dans l'article 14, si défiant envers les tribunaux étrangers, notre Code civil n'a pu pousser la confiance jusqu'à accorder à leurs jugements l'autorité de la chose jugée en France.

On allègue en sens inverse que le système dominant en Europe reconnaît, sans distinction, aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée, et que la France s'isole en admettant une jurisprudence contraire. Je réponds qu'il y a ici une erreur de fait. De nos jours, la moitié au moins des pays civilisés repoussent absolument l'autorité des jugements

Digitized by Google

étrangers ; de ce nombre la Belgique [1], les Pays-Bas, le Portugal, la Russie, la Suède et la Norwége. Et même, parmi ceux qui admettent le système opposé, la plupart ne l'ont adopté qu'après 1804, par exemple l'Espagne, dont le Code de procédure n'a été réformé qu'en 1853 ; l'Italie, chez qui la réforme ne date que de 1860, et l'Angleterre, dont la jurisprudence a subi sur ce point avec le temps de nombreuses évolutions [2]. De telle sorte que notre Code civil n'aurait pu consacrer l'opinion qu'on lui prête qu'en réalisant une véritable innovation, et en apportant dans la matière du droit international privé, au lendemain de la rupture de la paix d'Amiens, à une époque de lutte contre toute l'Europe, une largeur de vues qu'on n'avait jamais soupçonnée.

8. Quoi qu'il en soit d'ailleurs sur ce point, tout ce que nous voulons retenir, c'est qu'au moins dans l'hypothèse soumise au tribunal de commerce de la Seine, le jugement déclaratif de faillite avait de plein droit l'autorité de la chose jugée en France, et qu'avant même d'être revêtu de l'exequatur par les tribunaux français, il autorisait le syndic à agir au nom de la masse.

9. La dernière partie de notre conclusion, quoique repoussée par notre jugement, est généralement adoptée dans la jurisprudence, et non-seulement en France, mais encore en Belgique, où les textes à appliquer sont à peu près les mêmes. Seulement elle y est le plus souvent défendue à l'aide d'arguments que nous ne voudrions pas, pour notre part, invoquer.

Voici notamment comment raisonne la jurisprudence belge.

Le jugement déclaratif de faillite, dit-elle, a un double caractère : c'est en premier lieu un jugement susceptible d'exécution forcée, en ce qu'il autorise la réalisation des

[1] La législation belge est cependant près d'être modifiée sur le point qui nous occupe. Dans la séance du 10 novembre 1874, la Chambre des représentants a adopté un article du projet de Code de procédure portant en substance que les décisions étrangères auront l'autorité de la chose jugée, toutes les fois qu'il existera entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue un traité conclu sur la base de la réciprocité (*Journal de droit international privé* de M. Clunet, 1874, p. 342).

[2] De l'effet ou de l'exécution des jugements rendus à l'étranger en matière civile et commerciale, par M. Asser, *Revue du droit international de Gand*. t. Ier, p. 82 et suiv.

Digitized by Google

biens du failli ; c'est en outre un jugement constitutif d'état, en ce sens qu'entre autres incapacités, il emporte pour le failli dessaisissement de l'administration de son patrimoine. Considéré au premier point de vue, il est soumis aux mêmes règles que les jugements ordinaires, et n'a sa pleine efficacité en France qu'après avoir été déclaré exécutoire par les tribunaux français. Envisagé au contraire en tant que constitutif d'état, il doit être assimilé à une règle de statut personnel, et à ce titre produire à l'étranger exactement les mêmes effets que dans le pays où il a été rendu[1].

Ce raisonnement n'est que spécieux; il méconnaît en réalité, de la façon la plus dangereuse, le caractère de la faillite. L'institution de la faillite ne poursuit en effet qu'un résultat : assurer aux créanciers la conservation et le partage égal du patrimoine du failli. Tout, dans les règles qui la gouvernent, est dirigé vers ce but, et l'incapacité personnelle du failli n'est elle-même qu'un moyen d'y parvenir. Les lois sur la faillite ont donc pour objet prédominant les biens du failli, et bien loin qu'elles fassent partie du statut personnel, il faut les considérer comme comprises dans le statut réel. Ainsi que le disait déjà Casarégis. « *Dispositio vel effectus principa-* « *liter versatur circa res et bona decocti creditoribus distri-* « *buenda, licet loquatur in personam*[2]. »

10. La jurisprudence française semble avoir instinctivement compris l'inexactitude de ce raisonnement. Aussi elle a dû chercher d'autres arguments pour permettre aux syndics étrangers d'exercer leurs pouvoirs en France. Malheureusement, liée par sa théorie sur les jugements étrangers, elle n'a pu y parvenir qu'à l'aide de motifs insuffisants dans nombre de cas pour justifier sa solution.

Une première hypothèse, dans laquelle la prétention des syndics lui a paru facilement justifiable, est celle où la personne actionnée aurait déjà reconnu l'existence de la faillite, par exemple aurait, en qualité de créancier, produit dans cette faillite. Dans ce cas, a dit la jurisprudence, le défendeur n'est pas fondé à contester les pouvoirs du syndic, car, en reconnaissant la faillite, il en a virtuellement accepté toutes

[1] Trib. com. Bruxelles, 1er déc. 1873; *J. de droit intern. privé* de M. Clunet, 1874, p. 137; trib. civ. de Mons, 14 fév. 1874, même recueil, 1875, p. 447.
[2] Disc. 30, n° 161.

Digitized by Google

les conséquences. Telle est l'idée que nous trouvons exprimée en termes très-explicites, dans le seul arrêt que la Cour de cassation ait rendu à notre connaissance sur la question.

« Attendu que la Cour de Paris, dans l'arrêt attaqué, n'a « nullement jugé, comme le suppose à tort le pourvoi, qu'un « jugement déclaratif de faillite rendu en Angleterre était « de plein droit exécutoire en France; qu'il a seulement or- « donné l'exécution d'un contrat judiciaire émané des de- « mandeurs en cassation eux-mêmes; qu'il résulte en effet « des constatations dudit arrêt que les demandeurs ont « constamment reconnu le fait de la faillite Strahan, qu'ils « ont produit à ladite faillite en Angleterre... et que la « Cour de Paris n'a violé aucune loi en faisant subir aux « sieurs Bischoffsheim les conséquences d'un état de faillite « invoqué et accepté par eux[1]. »

11. Cette hypothèse écartée, et elle ne pouvait faire de difficultés, il devenait plus malaisé pour la jurisprudence de maintenir sa solution; elle a cependant cru y parvenir, à l'aide d'une assimilation fort ingénieuse entre le jugement déclaratif de faillite et un mandat ordinaire. D'après elle, le jugement déclaratif de faillite n'est pas un jugement véritable, susceptible d'entraîner des mesures d'exécution sur la personne ou sur les biens; c'est un acte de juridiction gracieuse, constatant le mandat donné au syndic de gérer le patrimoine du failli, et de là elle conclut qu'il doit avoir la même valeur qu'un acte notarié ordinaire, c'est-à-dire qu'il autorise l'action du syndic indépendamment de toute demande en exequatur. Telle est notamment la conclusion, que nous trouvons très-nettement déduite dans un jugement du tribunal civil de la Seine, confirmé par arrêt de la Cour de Paris.

« Attendu que le jugement déclaratif de faillite ne pro- « nonce aucune décision et ne comporte en lui-même au- « cune mesure d'exécution en France, soit contre les per- « sonnes, soit contre les biens; qu'il n'a d'autre effet que de « dessaisir le failli étranger de l'administration personnelle « de ses biens, et de lui substituer un mandataire légal « chargé de le représenter dans toutes les actions actives ou

[1] Req. rej., 30 nov. 1868, Sirey, 1869, 1, 267.

Digitized by Google

« passives qui peuvent l'intéresser; — Qu'il suit de là que le « syndic peut, en vertu de son mandat, exercer devant les « tribunaux français toutes les actions qui auraient appartenu « au failli lui-même, et que le jugement déclaratif de la « faillite n'a pas plus besoin pour l'exercice de ses actions « de l'exequatur français, que n'en aurait besoin un acte reçu « par un officier public étranger qui constituerait un fondé « de pouvoir ou un mandataire privé[1]. »

Ce raisonnement, remarquons-le tout de suite, ne suffit pas pour justifier en toute hypothèse la conclusion qu'on en tire. En effet, le mandat contenu dans le jugement déclaratif de faillite a ceci de spécial, qu'il oblige même ceux qui n'y ont pas consenti. Tandis que le syndic représente à la fois le failli et ses créanciers, le jugement est rendu à la requête du failli ou d'un créancier seulement, quelquefois même d'office par le tribunal[2]. Pour qu'un mandat aussi exceptionnel soit valable, il faut donc qu'il soit motivé par une véritable faillite. Dès lors, si l'on admet, avec la jurisprudence, que le jugement étranger ne constate pas souverainement à l'égard de tous l'état de faillite, on arrive à cette conséquence que chaque intéressé est en droit, en récusant l'autorité de ce jugement, de contester du même coup le mandat du syndic. Et la conséquence est si logique, qu'on a pu enseigner, avec quelque apparence de raison, que le jugement déclaratif n'aurait pas d'effet en France, lorsqu'il aurait été rendu malgré la résistance du failli[3].

Du reste, cette argumentation de la jurisprudence n'est pas seulement insuffisante pour le but à atteindre; elle est en elle-même des plus contestables. Le jugement déclaratif de faillite, quoi qu'on en dise, n'a pas pour unique résultat la nomination du syndic; il emporte encore d'autres conséquences très-graves pour la personne et pour les biens du failli : en France, l'incarcération du débiteur et la vente de ses biens;

[1] Paris, 22 février 1872, Sirey, 72, 2, 90. Voir dans le même sens. Bordeaux, 2 juin 1874, Sirey, 75, 2, 37; Paris, 14 déc. 1875, Sirey, 76, 2, 70; trib. civ. de la Seine, 19 janv. 1876, *Journal de droit intern. privé* de M. Clunet, 1877, p. 144.

[2] Ce droit, qui est accordé aux tribunaux en France par l'article 440 du Code de commerce, ne leur appartient pas en Angleterre.

[3] Massé, t. II, n° 809. Dans les dernières éditions de son ouvrage, cet auteur est revenu sur cette conséquence d'ailleurs exagérée de son système.

Digitized by Google

en Angleterre, la transmission aux *trustee* de la propriété et non pas seulement de l'administration du patrimoine. De plus, la procédure organisée dans les deux pays pour aboutir à ce jugement, implique des discussions qui ne permettent guère d'y voir un acte de juridiction gracieuse. D'après l'article 440 de notre Code, le créancier, qui veut faire prononcer la faillite, doit assigner son débiteur devant le tribunal de commerce, et par conséquent discuter avec lui sur l'existence des conditions requises pour la déclaration de faillite. Quant à la loi anglaise, si elle permet au créancier de saisir par voie de simple requête la Cour des faillites, après une sommation infructueuse, elle autorise le débiteur à s'adresser de son côté à la Cour, pour prouver, soit qu'il n'est pas débiteur, soit qu'il ne l'est pas de la totalité de la somme réclamée, ce qui suppose encore, sinon un débat oral, au moins une discussion par écrit.

12. Si, arrivés au point où nous sommes, nous reprenons la première question qu'avaient à résoudre nos jugements, la réponse ne sera pas douteuse. Nous dirons : Le syndic étranger était autorisé à exercer ses pouvoirs dans notre pays, même avant que le jugement déclaratif de faillite n'y eût été revêtu de l'exequatur, et cela parce que ce jugement avait l'autorité de la chose jugée en France.

13. II. Mais le tribunal de commerce n'a pas admis cette opinion, et alors s'est posée une difficulté subsidiaire : devait-on rendre exécutoire ce jugement déclaratif de faillite?

Jusqu'ici, toutes les fois que dans des circonstances analogues cette difficulté avait été soumise aux tribunaux, elle y avait été résolue exclusivement par des considérations de fait. Partant du système admis en jurisprudence sur l'effet des jugements étrangers, les juges s'étaient demandé si, eu égard aux circonstances de la cause, la déclaration de faillite était ou non justifiée. Mais l'affirmative sur ce point une fois admise, ils n'avaient jamais mis en doute que l'exequatur dût être accordé au jugement déclaratif de faillite. Et c'était même là une vérité si unanimement acceptée, que le seul arrêt où il en est fait mention expresse l'énonce sous forme de proposition qu'il est superflu de démontrer.

« Attendu », dit-il « que *dans tous les cas*, aucune considé-
« ration d'ordre public ou autre ne s'opposerait à ce qu'il

Digitized by Google

« (le jugement déclaratif de faillite) fût rendu exécutoire [1]. »

Dans notre espèce, le tribunal civil de la Seine s'est arrêté à un système diamétralement opposé. Sans examiner, en fait, le jugement de la Cour de Londres, le tenant par hypothèse pour bien rendu, il lui a refusé l'exequatur sur un motif de droit. Il a décidé que l'exécution de ce jugement compromettrait l'ordre public français.

Cette décision est *à priori* irréprochable. Quelle que soit l'efficacité que l'on attribue à un jugement étranger, lors même qu'on lui reconnaîtrait, comme nous l'avons fait, l'autorité de la chose jugée, il est certain que l'exécution ne doit pas en être permise en France, si elle est de nature à blesser les règles de l'ordre public.

Mais est-il donc vrai que l'ordre public se trouve ici intéressé ?

Avant de répondre, écoutons les arguments invoqués par le tribunal :

Les lois qui ont organisé la faillite, ayant pour but d'assurer le crédit public, constituent essentiellement des lois de police et de sûreté, et, comme telles, obligent, quelle qu'en soit la nationalité, tous ceux qui habitent le territoire (art. 3 C. civ.). Les créanciers français ont donc le droit de faire déclarer, par les tribunaux de notre pays, la faillite de leurs débiteurs étrangers domiciliés, ou même simplement résidant en France. Le même droit leur appartient également, en vertu de l'article 14 du Code civil, vis-à-vis de ceux de ces débiteurs dont la résidence est fixée à l'étranger. Et, comme ce sont là des droits puisés dans une loi de police et de sûreté, leur conservation intéresse l'ordre public. Or, la reconnaissance en France de la faillite étrangère porterait atteinte à ces droits, parce qu'il serait impossible qu'une personne fût déclarée deux fois simultanément en faillite.

14. Ce raisonnement contient, à notre avis, une part de vérité, et nous admettrons nous-même dans un instant quelques-unes des propositions qu'il renferme. Cependant, considéré dans son ensemble, il nous semble manquer à la fois d'exactitude dans son point de départ et de logique dans ses déductions.

[1] Paris, 23 mars 1869, Sirey, 69, 2, 172.

Digitized by Google

Qu'il soit d'abord illogique, une simple observation suffira pour le prouver : admettons pour un instant, avec le tribunal, que la loi sur les faillites soit une loi de police et de sûreté. Comme dans notre hypothèse l'étranger n'a en France ni domicile ni résidence, il est clair qu'on ne pourra pas lui appliquer cette loi en vertu de l'article 3 du Code civil. Si ses créanciers français sont autorisés à l'invoquer contre lui, ce ne sera qu'en s'armant de l'article 14, et parce que la déclaration de faillite est un moyen de contraindre le débiteur à l'exécution de ses engagements. Mais par cela même il est certain que l'ordre public ne demande pas l'application de la loi française, car, de l'aveu de tous, le droit accordé aux créanciers français par l'article 14 est une pure faveur d'intérêt privé, comportant toute renonciation expresse ou tacite[1].

D'ailleurs, la déduction consacrée par notre jugement serait-elle logiquement irréprochable, qu'il y aurait un motif décisif de la repousser : la loi sur les faillites n'est pas, comme le pense le tribunal, une loi de police et de sûreté.

En effet, pour qu'une loi puisse être ainsi qualifiée, il ne suffit pas qu'elle ait été édictée par des motifs d'intérêt général, dans le but, par exemple, d'assurer le crédit public ou d'augmenter la prospérité nationale, car alors on devrait considérer comme telle la loi qui organise la propriété, celle qui réglemente les droits réels, et, d'une façon générale, à peu près toutes les lois. Il faut, comme on l'a dit excellemment, « qu'elle ait pour objet la sûreté des personnes et « le maintien du bon ordre[2] ». Or, tel n'est pas évidemment le but de la loi sur les faillites. Cette loi peut bien être destinée à rendre plus sûres les transactions commerciales, par cela même à développer le crédit public; elle ne touche du moins à aucun degré à la conservation de la société, et ce n'est pas à elle que peuvent s'appliquer les paroles prononcées par l'orateur du tribunal pour justifier la disposition de l'article 3 :

« Quant aux lois de police et de sûreté, il suffit d'habiter

[1] Req., 28 février 1877, Sirey, 77, 1, 260.
[2] Aubry et Rau, t. I, § 31, p. 81.

Digitized by Google

« le territoire français pour être sous l'empire des lois de « France. L'individu contracte, en entrant dans un pays « dont il n'est pas sujet, l'obligation de se soumettre à toutes « les lois établies pour l'ordre et la tranquillité du pays[1]. »

Il est vrai, et un arrêt en a justement fait la remarque[2], que la loi sur les faillites contient des dispositions pénales, rentrant, par cela même, dans l'esprit comme dans les termes de l'article 3 du Code civil, mais ce ne sont pas quelques dispositions accessoires qui peuvent déterminer le caractère d'une loi, et de ce que, par exemple, la loi sur la capacité nécessaire pour contracter mariage a apporté une sanction pénale à quelques-unes de ses prescriptions (art. 157 C. civ.), nul n'a jamais conclu que ce soit là une loi de police et de sûreté[3].

15. Est-ce à dire pour cela que les étrangers ne pourront pas être déclarés en faillite en France? Assurément non. Ainsi que nous essayerons de le justifier par la suite, la loi sur les faillites fait partie du statut réel; si donc elle ne s'impose pas aux étrangers en vertu du § 1er de l'article 3 du Code civil, elle leur est applicable en vertu du § 2e. Et nous prouverons même que, par une dérogation plus apparente que réelle aux principes ordinaires, elle leur est applicable qu'ils aient ou non en France des biens sur lesquels puissent actuellement porter les exécutions de leurs créanciers.

Il reste donc en définitive démontré que la faillite n'est pas une institution touchant à l'ordre public, et que, dans notre espèce, l'exequatur aurait dû être accordé au jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal étranger.

16. III. Cette conclusion acceptée, nous nous trouvons alors en présence de la dernière des difficultés que nous signalions au début : si le jugement déclaratif de faillite eût

[1] Ferret, t. VI, p. 386.

[2] Paris, 23 novembre 1874, *Journ. de droit intern. privé* de M. Clunet, année 1875, p. 435.

[3] L'opinion contraire est cependant admise en jurisprudence et généralement enseignée en doctrine, mais la plupart de ceux qui l'acceptent tombent dans une contradiction qui condamne leur système. Après avoir décidé que la loi sur la faillite est une loi de police et de sûreté, ils se demandent si elle appartient au statut réel ou au statut personnel, sans remarquer que l'article 3 a précisément exclu de la sphère de l'un et de l'autre de ces statuts les lois de police et de sûreté.

Digitized by Google

été rendu exécutoire, quels en auraient été les effets sur les biens du failli situés en France?

Le tribunal de la Seine n'avait pas, dans son système, à se prononcer sur ce point. Cependant, voulant préciser les conséquences de la décision qui lui était demandée, il a, dans les motifs de son jugement, laissé pressentir son opinion. A l'en croire, une fois reconnue en France, la faillite étrangère serait appliquée à tous les biens du failli, de telle sorte que la succursale française aurait été de plein droit soumise au régime de la faillite.

Cette solution, conforme d'ailleurs, dans l'espèce, aux prétentions du demandeur, serait certainement exacte, si la faillite, au lieu d'avoir été prononcée à l'étranger, avait été déclarée par un tribunal français. La faillite est, en effet, dans la pensée de notre loi, un état général, et il n'est pas douteux que légalement déclarée par le tribunal du domicile, elle s'applique virtuellement à tous les établissements que le failli peut avoir, fût-ce dans d'autres localités. Sans doute ce point même a été contesté, et la jurisprudence a fréquemment admis la possibilité de deux faillites simultanées, lorsqu'un même commerçant se livre dans des endroits différents à des opérations de commerce distinctes[1]. Mais, malgré ces divergences, ce principe est très-solidement établi, et nous pouvons le tenir pour définivement démontré[2].

Seulement, ce qui serait vrai pour ce cas l'est-il dans notre hypothèse, alors que les biens du failli, au lieu d'être situés dans le pays où est déclarée la faillite, sont dispersés dans des États différents?

La question ainsi posée devient, selon nous, beaucoup plus douteuse; cependant un très-grand nombre d'auteurs

[1] Req., 23 août 1853, Sirey, 55. 1, 829; Paris, 30 août 1867, Sirey, 68, 2 349.

[2] M. Beudant, professeur de la Faculté de droit de Paris, en note sous l'arrêt du 30 août 1867, Dalloz, 68, 2, 113; M. Boistel, professeur a la même Faculté. *Précis du cours de droit commercial*, p. 616.

[3] Voir parmi les anciens : Ansaldus, *De comm. et mercatura*, disc. 38, nº 31; Casaregis, disc. 144, nºˢ 34 et 35; parmi les modernes. Delam. et Lepoitvin, *Droit comm.*, t. VI, nº 67; Bravard-Veyrières, *Traité de dr. comm.*, t. V, nº 43; Savigny, *Traité de dr. rom.*, t. VIII, nº 374; Carle, *la Faillite dans le droit nternational privé* annoté par Ern. Dubois, professeur à la

Digitized by Google

se prononcent, comme le tribunal de la Seine, dans le sens de l'affirmative, et c'est même en droit international une théorie aujourd'hui assez généralement acceptée que celle de l'universalité de la faillite.

17. Avant d'apprécier cette théorie, précisons en quelques mots les conséquences multiples qui en dérivent.

Tout d'abord, si la faillite doit être unique, elle ne sera valablement déclarée que par le tribunal du lieu où se trouve le principal établissement du failli.

De même, l'universalité de la faillite étant admise, il suit que c'est la loi du lieu où elle sera prononcée qui régira les biens situés en pays étranger. Ainsi, dans l'hypothèse où est intervenu notre jugement, la faillite ayant été déclarée en Angleterre, il faudra recourir à la loi anglaise pour déterminer, même par rapport à la succursale établie en France, les pouvoirs du syndic, l'autorité du juge-commissaire, la capacité du failli, la valeur des priviléges ou des hypothèques consentis aux créanciers.

Enfin, en partant toujours de la même idée, on doit encore conclure que le dividende appartenant aux créanciers de la maison principale, comme à ceux de la succursale, sera fixé par le rapport existant entre la valeur totale des biens et le montant additionné des créances, au lieu d'être déterminé pour chacun d'eux eu égard à la situation particulière de l'établissement auquel il a fait confiance.

18. Ces déductions connues, devons-nous admettre le principe qui leur sert de base?

La réponse à cette question dépend du parti que l'on prend sur une autre difficulté. La loi sur les faillites, nous espérons l'avoir démontré, n'est pas une loi de police et de sûreté. Elle ne fait pas davantage partie du statut personnel. Faut-il dès lors la considérer comme appartenant au statut réel? Si oui, il est clair qu'une faillite prononcée à l'étranger ne s'étendra pas aux biens, au moins aux immeubles situés en France, car ces biens sont exclusivement soumis à la loi française. Si non, rien ne nous empêchera d'accepter le

Faculté de droit de Nancy, passim; R. César Norsa, *Revue de la jurisprudence italienne en matière de droit international privé, Revue de droit international de Gand*, t. VIII, p. 627 et suiv.

Digitized by Google

principe de l'universalité de la faillite, si tant est qu'il soit conforme à la nature juridique de cette institution et aux besoins du commerce.

19. Cette nouvelle question, remarquons-le tout de suite, ne pourrait même pas se poser, si toute loi, comme on l'a cru pendant longtemps, rentrait nécessairement dans la distinction du statut personnel et du statut réel. Mais il est aujourd'hui à peu près généralement reconnu que bon nombre de lois échappent à cette classification, par exemple les lois de police et de sûreté, celles qui régissent les formes des actes, ou encore celles qui déterminent les effets des conventions [1]. Il n'y a donc *à priori* rien que de très-raisonnable à prétendre que la loi sur les faillites, tout en n'étant pas personnelle, n'est pas davantage territoriale, et que sa portée doit être déterminée par d'autres principes, que ceux écrits dans l'article 3 du Code civil.

20. Aussi, d'assez nombreux auteurs se sont attachés à cette idée, et ils ont essayé de soutenir que la théorie des statuts ne devait pas recevoir son application en matière de faillite.

Deux moyens leur ont paru surtout décisifs en ce sens :

Ils ont dit d'abord que « le commerce avait un caractère « essentiellement cosmopolite », ce qui exigeait qu'il fût régi en tous pays par des lois uniformes [2].

Ils ont ajouté, qu'en tous cas le loi sur les faillites ne rentrait dans la définition d'aucun des statuts, car elle n'était pas plus destinée à régler la condition juridique des biens qu'à déterminer l'état ou la capacité des personnes [3].

21. Cette théorie est à coup sûr séduisante par ses résultats; au point de vue des textes, nous ne la croyons pas fondée et nous tenons que la loi des faillites rentre certainement dans le statut réel.

En effet, reportons-nous à la pensée qui a donné naissance à l'institution de la faillite.

Rationnellement, et d'après les précédents historiques,

[1] Aubry et Rau, t. Ier, § 31, note 17.

[2] M. Norsa, article précité *Revue de Gand*, t. VIII, p. 629, n° 173.

[3] *La Faillite dans le droit international privé*, MM. Carle et Dubois, note 51, p. 51.

Digitized by Google

lorsqu'une personne devient insolvable, on peut concevoir deux modes de liquidation de son patrimoine.

Le premier, qui a son origine dans la *venditio bonorum* du droit romain, tend à établir l'égalité entre tous les créanciers. Deux traits surtout le caractérisent : il emporte pour le débiteur dessaisissement, non pas de tel ou tel bien, mais de la totalité du patrimoine. Il suppose des mesures de publicité organisées pour avertir les ayants droit, et la nomination d'un mandataire chargé d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers.

Le second mode, que le droit romain appliquait dans l'action *de peculio*, repose au contraire sur ce principe, que celui-là doit être préféré entre tous les créanciers, qui a été le plus diligent à poursuivre, *occupantis melior est conditio*[1]. Aussi on n'y retrouve aucun des deux caractères que nous venons d'indiquer. Pas de dessaisissement général du débiteur, aucune publicité, aucun délai pour prévenir les créanciers.

De ces deux systèmes de liquidation des biens, notre législation a jugé le premier plus rassurant pour les créanciers, partant plus favorable au crédit public, et en conséquence sans en faire le système de droit commun il l'a appliqué au patrimoine des commerçants. De là est sortie l'institution de la faillite. La faillite n'est donc qu'une voie d'exécution mise au service des créanciers non payés, qu'une sorte de *venditio bonorum*, à cela près qu'elle porte à la fois sur les biens à venir et sur les biens présents du débiteur. Et par cela même nous pouvons conclure que les lois qui la régissent, de même que toutes les dispositions concernant les voies d'exécution sur les biens, rentrent dans le statut réel.

On objecte, en sens inverse, que la distinction des statuts n'est pas applicable en matière de commerce. Je réponds que c'est là une proposition qui demanderait à être prouvée. En législation, on peut désirer que chaque pays permette dans l'étendue de son territoire l'application des lois commerciales étrangères; on peut même aller jusqu'à souhaiter, quoique cette conception soit plus discutable, la rédaction

[1] L. 6, Dig., *De tributoria actione*, 14, 4.

Digitized by Google

d'un Code de commerce commun à tous les pays. Quant à soutenir que de nos jours, en droit, les lois commerciales ne connaissent point de frontières, c'est là une entreprise à tout le moins hasardée.

Sans doute, même d'après notre législation, les commerçants étrangers possèdent en France un privilége : ils sont plus facilement que les autres étrangers admis à la jouissance de certains droits civils consacrés par la loi française : témoin l'article 16 du Code civil, témoin aussi la jurisprudence qui reconnaît la compétence de nos tribunaux pour connaître des contestations commerciales survenues entre étrangers[1]. Mais nulle part il n'est dit que ces commerçants seront recevables à se réclamer en France de leur loi nationale, en dehors des termes du droit commun.

Du reste, s'il fallait directement prouver que la théorie des statuts n'est pas étrangère aux matières commerciales, nous pourrions tirer argument de la place qu'occupe l'article qui la consacre. Cet article figure dans le titre préliminaire du Code civil. Or il a été entendu que les dispositions du titre préliminaire auraient une portée générale, qu'elles s'appliqueraient à toutes les lois, quel qu'en soit l'objet, et qu'elles formeraient, suivant le mot d'un des rédacteurs, « comme le péristyle de la législation française[2] ».

22. En établissant que la loi sur les faillites appartient au statut réel, nous avons implicitement démontré, qu'en principe, la faillite déclarée à l'étranger n'embrasse pas tous les biens du failli situés en France. Pour achever cette démonstration, il nous faut maintenant entrer dans quelques détails et distinguer suivant que le failli possède en France des immeubles ou des meubles.

23. Toutefois rappelons auparavant une observation déjà faite. La faillite, d'après ce que nous avons dit, est une voie d'exécution, mais une voie d'exécution portant sur la totalité du patrimoine. Au lieu que la saisie immobilière ou la saisie-exécution s'attaque à un ou plusieurs objets individuellement déterminés, la faillite dessaisit le débiteur de tous ses biens à la fois. Et c'est même là ce qui nous a permis de soutenir

[1] Req., 22 nov. 1875, Sirey, 76, 1, 213.
[2] Fenet, t. VI, p. 17.

Digitized by Google

que tout étranger peut être déclaré en faillite par les tribunaux français, quoiqu'il n'ait actuellement aucun bien en France. Comme le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, même les biens à venir[1], et que la faillite porte sur le patrimoine, il y a toujours matière à faillite par cela seul que le débiteur peut plus tard acquérir des biens en France. Ce résultat est d'autant moins choquant, que notre loi commerciale reconnaît, parmi les incidents possibles de la faillite, la clôture pour insuffisance d'actif.

Cette observation faite, et nous la retrouverons fertile en conséquences, reprenons successivement les deux branches de notre distinction.

24. Supposons d'abord que les biens dont le failli est propriétaire en France consistent dans des immeubles. Quels vont être, sur ces biens, les effets de la faillite prononcée par les tribunaux étrangers?

En partant du principe que nous venons de poser, la réponse à cette question est toute indiquée, il faut dire que la situation juridique de ces immeubles n'est à aucun degré modifiée. Ils pourront bien être soumis au régime de la faillite, mais à la condition qu'une nouvelle faillite soit déclarée conformément à la loi française par les tribunaux français.

Cette solution, quoique irréprochable en logique, n'est pas néanmoins à l'abri de toute critique, et des objections graves peuvent lui être adressées.

Au point de vue théorique, on peut lui reprocher d'être contraire à la notion juridique du patrimoine. Le patrimoine ne se conçoit que comme un et indivisible. Et cependant admettre la possibilité de plusieurs faillites simultanées, n'est-ce pas reconnaître la pluralité des patrimoines?

De plus, au point de vue pratique, la même solution, en multipliant les faillites, multiplie en pure perte les formalités et les frais.

Enfin elle est de nature à soulever des difficultés presque insolubles. Les deux faillites seront-elles liquidées simultanément, au risque que les dividendes accordés en même temps aux créanciers dépassent le montant total des créances? Les répartitions des deux masses ne seront-elles au

[1] Arg. des art. 1270, 2092, 2122 et 2123.

Digitized by Google

contraire que successives, mais alors celui des créanciers, qui n'aura pas été colloqué dans la première, aura-t-il droit à une indemnité dans la seconde?

Tout en reconnaissant la gravité de quelques-unes de ces critiques, il nous semble qu'elles s'adressent bien moins à notre solution en particulier qu'à la théorie même du statut réel. Prenons en effet une autre hypothèse, supposons qu'un étranger meure laissant en France des immeubles, et des biens dans son pays d'origine. Il faudra, d'après une opinion aujourd'hui constante, appliquer dans ce cas précisément la même solution que nous proposons pour le nôtre. Bien qu'il ne s'agisse que d'une succession unique, il faudra en régler la dévolution par deux lois distinctes, la loi française pour les immeubles situés en France, la loi du domicile ou de la nationalité du défunt pour le surplus du patrimoine. N'est-il pas cependant facile de voir que cette application à la matière des successions, de la théorie du statut réel, offre tous les inconvénients que nous venons de rencontrer au cas de faillite?

Elle est d'abord contraire au principe de l'unité du patrimoine, car il est aussi anormal de voir une personne laisser deux successions distinctes, que de la voir déclarer deux fois simultanément en faillite. C'est même pour ce cas qu'a été imaginé l'aphorisme bien connu : *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia.* — Une personne a autant de patrimoines différents, partant peut laisser autant de successions, peut être déclarée autant de fois en faillite, qu'il y a de pays soumis à des législations différentes, dans lesquels elle est propriétaire d'immeubles.

De plus, cette application de la théorie du statut réel, au cas de succession, comme au cas de faillite, multiplie les formalités et les frais.

Enfin elle fait naître en pratique des questions non moins insolubles, car s'il est malaisé de combiner heureusement la marche de deux faillites, la liquidation de deux successions ne présente pas de moindres difficultés.

Notre conclusion doit donc être que si la loi, au cas de succession, n'a pas reculé devant les inconvénients que présente l'application du statut réel, elle n'a pas dû y attacher une importance plus grande au cas de faillite, et que dès

Digitized by Google

lors la faillite déclarée par les tribunaux étrangers ne s'étend pas aux immeubles situés en France.

Quelques-uns des partisans du principe de l'universalité de la faillite semblent avoir compris tout le parti que l'on pourrait tirer contre leur doctrine de ce rapprochement possible entre la matière des successions et celle des faillites. Aussi ils ont soutenu que toute succession laissée par un étranger doit, même quant aux immeubles situés en France, être régie par la loi nationale du défunt[1]. Mais, sans qu'il nous soit possible d'entrer dans une controverse aussi éloignée de notre sujet, qu'il nous suffise de dire que cette opinion est inconciliable avec le principe écrit dans l'article 3, § 2, du Code civil. Dès que la loi décide d'une manière générale que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, seront soumis à la loi francaise, l'interprète ne saurait faire exception à la règle pour le cas de succession. Les rédacteurs du Code civil italien l'ont parfaitement compris, et lorsque, après avoir consacré dans l'article 7, § 2, la théorie du statut réel, ils ont voulu y apporter la dérogation qu'on nous propose d'admettre, ils ont eu soin de s'en expliquer dans l'article suivant (art. 8)[2].

25. Du reste fallût-il écarter cet ordre d'idées, nous pourrions encore invoquer, en faveur de notre système, une sorte d'interprétation législative renfermée dans un traité conclu entre la France et la Suisse, le 19 octobre 1869. Ce traité prévoit le cas, où un Français, sans fixer son domicile en Suisse, y fonderait un établissement de commerce, et tomberait ensuite en état de cessation de payements[3]. En vue de

[1] M. Ern. Dubois, *Journal de dr. intern. privé* de M. Clunet, année 1875, p. 51 et suiv.

[2] En ce sens MM. Aubry et Rau, t. Ier, § 31, note 45, et le texte; Demolombe, t. I, p. 91; Valette sur Proudhon: *De l'état des personnes*, t. I, p. 97.

[3] Ce résultat s'est produit récemment à propos de la Société du Crédit foncier suisse. Le Crédit foncier ayant à la fois son siége social à Genève et son principal domicile à Paris, les tribunaux français et suisses ont revendiqué chacun de leur côté le droit de prononcer la faillite. Il a fallu, pour trancher le conflit, qu'une décision du Conseil fédéral suisse du 21 janvier 1875, par des motifs d'utilité pratique, abandonnât aux tribunaux français la liquidation de la faillite (*Journ. de droit intern. privé* de M. Clunet, 1874, p. 95 et 154; 1875, p. 80).

Digitized by Google

cette hypothèse, il commence par décider que le droit de prononcer la faillite appartiendra au tribunal de la résidence en Suisse, ce qui implique déjà la possibilité de plusieurs faillites, puisque d'après l'article 440 du Code de commerce le même droit est accordé en France au tribunal du domicile du failli. Puis il ajoute expressément que la faillite ainsi prononcée à l'étranger ne produira pas en France tous ses effets, qu'elle placera bien sous l'empire de la loi étrangère les meubles et les créances du failli, mais que, quant aux immeubles, « la distribution du prix entre les ayants droit « sera régie par la loi du pays de leur situation ». Preuve évidente que dans la pensée du législateur, même en matière de faillite, les immeubles obéissent au statut réel français.

Il est vrai que, d'après le traité, cette reconnaissance du statut réel se combine avec le principe de l'universalité de la faillite ; car, si l'on observe la loi française pour les droits de préférence des créanciers, ou la distribution du prix des immeubles, du moins la décision du tribunal étranger suffit pour soumettre au régime de la faillite le patrimoine tout entier. Mais il est aisé de montrer que c'est là un tempérament tout exceptionnel.

1° Les traités diplomatiques dérogent ordinairement au droit commun, en ce qu'ils simplifient les formalités de justice ; ici, la dérogation consiste en ce qu'on évite une nouvelle déclaration de faillite par les tribunaux français.

2° S'il est possible, par un traité, d'imposer aux tribunaux étrangers l'application de la loi française, on ne saurait obtenir ce résultat au moyen d'une loi ; aussi on ne comprendrait pas que notre législateur eût érigé en thèse générale la disposition du traité, c'est-à-dire qu'il étendît aux immeubles situés en France les effets de toute faillite déclarée à l'étranger, à la condition par le tribunal étranger d'en distribuer le prix suivant les dispositions de la loi française.

26. J'ajoute, comme dernière considération, que dans la plupart des législations étrangères la question que nous discutons ne se pose même pas.

Ainsi, en Angleterre, il est admis que lorsqu'une personne est déclarée en faillite à l'étranger, ses immeubles situés en

Digitized by Google

Angleterre ne sont pas atteints par le jugement déclaratif de faillite[1].

De même, en Prusse, d'après une loi du 3 mai 1855 (art. 292 et suiv.), quand une faillite est prononcée en pays étranger, tous les biens du failli situés sur le territoire prussien en sont de plein droit exclus. On ouvre sur ces biens une faillite ou concours particulier, qui est liquidé conformément à la loi nationale, et ce n'est qu'après désintéressement de tous les créanciers qui réclament, que le reliquat de ce concours est remis à la masse de la faillite étrangère[2].

Enfin, nous dirons dans un instant qu'en Italie il est très-douteux que la même doctrine ne doive pas triompher.

27. Les immeubles dont le failli est propriétaire en France échappent donc à la faillite déclarée en pays étranger. En est-il de même de ceux de ses meubles qui se trouvent sur le territoire français?

Si, pour résoudre cette question, nous nous laissons guider par l'analogie qui peut exister entre notre législation et celle des pays étrangers, il nous faudra répondre négativement. Même en Angleterre, où la décision inverse prévaut pour les immeubles, les tribunaux déclarent qu'une faillite prononcée à l'étranger atteint tous les meubles du failli, en quelque pays qu'ils se trouvent[3].

Telle est aussi la conclusion à laquelle semble nous conduire le traité entre la France et la Suisse, du 19 octobre 1869. Tandis que pour les immeubles, il sauvegarde dans une certaine mesure le principe du statut réel, pour les meubles une seule loi, d'après lui, doit être appliquée, la loi du lieu où est déclarée la faillité. « Le prix des biens meubles, dit-il, « et les sommes et créances recouvrées par le syndic dans le « pays d'origine du failli seront joints à l'actif de la masse chi- « rographaire du lieu de la faillite et partagés avec cet actif,

[1] Vice-chancelier, 17 janvier 1866, 2, Eq., 23, Blithmann. *Revue de droit international de Gand*, t. VI, p. 396.

[2] Jugement du tribunal supérieur de commerce de l'empire à Leipzig du 28 février 1871. *Journ. du droit intern. privé* de M. Clunet, 1874, p. 129; même trib., 13 juin 1871, 25 janvier 1873, même recueil, 1874, p. 249 et suiv.; Hœchster, Sacré et Oudin, *Manuel de droit commercial*, p. 706.

[3] Même décision plus haut citée du 17 janvier 1866. Signalons cependant la disposition exceptionnelle de la loi prussienne du 8 mai 1855 qui assimile entièrement les meubles aux immeubles.

Digitized by Google

« sans distinction de nationalité entre tous les créanciers, « conformément à la loi du pays de la faillite. »

Une raison de douter pourrait être tirée cependant de la notion même que nous avons donnée de la faillite; la faillite, avons-nous dit, est une voie d'exécution. Or, on est généralement d'accord, qu'au point de vue des modes d'exécution, les meubles comme les immeubles que les étrangers possèdent en France sont soumis au statut réel français [1].

Toutefois, ce doute lui-même ne tient pas longtemps devant un examen un peu plus attentif des principes. D'après une opinion à peu près unanimement acceptée, pour savoir à quelle loi obéissent les meubles dont les étrangers sont propriétaires en France, une distinction doit être faite : considère-t-on ces meubles en eux-mêmes, dans leur individualité, il faut s'attacher à leur situation. Les envisage-t-on dans leur ensemble comme partie intégrante du patrimoine, il faut s'attacher, d'après les uns, au domicile ; d'après les autres, à la nationalité du propriétaire. Par conséquent, lorsqu'on dit que la loi française règle seule les voies d'exécution sur les meubles, on suppose qu'il s'agit de poursuites n'atteignant que des biens isolés. Dès lors puisque la faillite, à la différence des autres modes d'exécution, s'attaque à l'universalité du patrimoine, il faut conclure qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à ce point de vue aux meubles situés en France les dispositions de la loi française, et partant que ces meubles rentrent dans la masse de la faillite étrangère. C'est là ce que l'on décide en matière de successions, et nous avons déjà démontré toute l'analogie qui existe entre cette matière et la nôtre.

Toutefois, contre cette conclusion, une objection est possible.

A défaut du statut réel français, peut-on dire, on ne saurait imposer aux meubles des étrangers que la loi du domicile ou celle de la nationalité du propriétaire.

Si c'est la loi du domicile, il y aura nécessairement des cas où elle ne se confondra pas avec la loi de la faillite.

Si c'est la loi de la nationalité, il en sera de même, car il pourra arriver que la déclaration de faillite ait lieu dans un pays dont le failli ne serait pas originaire.

[1] Aubry et Rau, t. Ier, § 31, p. 102.

Digitized by Google

A la première branche de ce dilemme, je fais une réponse des plus simples. Jamais la fortune mobilière d'un étranger, pas plus au point de vue de la faillite qu'au point de vue des successions, ne doit être régie par la loi du domicile du propriétaire. Ce serait méconnaître la règle traditionnelle, qui veut que la même loi gouverne le statut personnel et la succession mobilière [1].

Quant à la seconde partie de l'objection, je lui ferai deux réponses :

Je lui répondrai d'abord, qu'en fait, l'hypothèse dans laquelle elle se place se présentera très-rarement.

Je lui répondrai, en outre, qu'en droit, elle apporte trop de rigueur dans l'application des principes. Le seul intérêt qu'ait notre législateur dans la matière qui nous occupe, consiste à faire respecter les droits de la loi française. Mais ce but atteint, lorsqu'il y a lieu d'appliquer en France une loi étrangère, peu lui importe que ce soit celle d'un pays ou d'un autre. Aussi dans notre hypothèse, alors qu'il y a intérêt pour le commerce à ne pas rendre nécessaire une seconde faillite, il nous paraît qu'on peut préférer, sans inconvénient, la loi de la faillite à celle de la nationalité du failli, car après tout, il n'existe ici aucun texte qui puisse être violé.

28. Cette application de la loi de la faillite aux meubles se trouvant en France nous paraît même si bien justifiée, que nous ne voudrions pas étendre ici le tempérament imaginé en matière de succession par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Quand même l'application de la loi étrangère devrait causer aux créanciers français un préjudice, nous ne leur permettrions pas de s'indemniser sur les biens que le failli aurait en France. Ce serait une exception aux principes, et les exceptions ne se suppléent pas.

En résumé, inefficacité absolue de la faillite déclarée à l'étranger, quant aux immeubles situés en France ; au contraire application absolue de cette même faillite aux meu-

[1] Dans l'ancien droit, cette règle avait fait appliquer la loi du domicile à la succession mobilière, parce que le domicile déterminait le statut personnel; aujourd'hui que ce statut est fixé par la nationalité, elle doit faire donner la préférence à la loi d'origine. Voir la démonstration très-probante fournie sur ce point par M. Renault, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris. De la succession *ab intestat* des étrangers en France et des Français à l'étranger. *Journ. de droit intern. privé* de M. Clunet, 1875, p. 341 et suiv.

Digitized by Google

bles, tels sont les deux termes de la théorie à laquelle nous sommes arrivés. Et le seul rapprochement de ces termes nous fournit un nouvel argument à l'appui de notre manière de voir : c'est qu'elle conduit à peu près aux mêmes résultats pratiques que le principe de l'universalité de la faillite. L'actif d'une maison de commerce étant presque toujours mobilier, étendre la faillite aux meubles revient en réalité à l'étendre à la totalité du patrimoine.

29. Cet avantage qu'offre notre système de concilier les nécessités de la pratique avec ce que nous croyons être l'observation des principes aurait dû, semble-t-il, lui assurer l'appui de la jurisprudence. Jusqu'ici cependant, il faut bien l'avouer, nous ne le trouvons consacré dans aucune décision judiciaire. Les arrêts, d'ailleurs peu nombreux, qui ont été rendus sur la question, se sont également partagés entre deux systèmes absolus. Les uns, et de ce nombre est le jugement que nous examinons, ont repoussé entièrement le principe de l'universalité de la faillite, et décidé qu'une succursale établie en France peut être déclarée en faillite séparément de la maison principale ayant son siége à l'étranger[1]. Les autres, au contraire, ont paru disposés à accepter ce principe et en ont fait l'application aux meubles du failli situés en France. Toutefois, il faut remarquer que, jusqu'à présent, la difficulté ne s'est pas présentée sous tous ses aspects, et qu'elle n'a pas été notamment posée en ce qui concerne les immeubles. Le jour où la jurisprudence aurait à statuer à la fois sur des meubles et sur des immeubles, peut-être hésiterait-elle à les soumettre indistinctement à la loi étrangère. Du reste, ce n'est pas lorsque nous voyons le tribunal de la Seine adopter successivement chacune des opinions extrêmes, que nous pouvons considérer ces quelques décisions comme renfermant le dernier mot de la jurisprudence sur la question[2].

30. Nous avons ainsi indiqué les diverses solutions qui auraient dû être données par le tribunal français aux difficultés que soulevait notre espèce. Recherchons maintenant en quelques mots si ces solutions auraient dû être les mêmes,

[1] Tribunal de commerce de la Seine, 18 août 1875, *Journ. de droit intern. privé* de M. Clunet, 1876, p. 455.

[2] Tribunal civil de la Seine, 21 avril 1875, même recueil, année 1876, p. 181 ; Paris, 13 août 1875, même recueil, 1877, p. 40.

Digitized by Google

sous l'empire de la loi italienne, et si nous devons approuver l'arrêt de la Cour de Milan, du 15 décembre 1876.

En ce qui concerne la première de nos questions, le doute n'est pas possible. Il est certain que le syndic étranger aurait pu exercer en Italie les actions de la faillite, même avant que le jugement déclaratif y eût été rendu exécutoire. Les jugements étrangers ont, en effet, en Italie, l'autorité de la chose jugée, et bien loin que le tribunal appelé à les rendre exécutoires puisse les reviser au fond, il n'a que deux choses à examiner : leur régularité au point de vue de la loi du pays où ils ont été rendus, leur conformité aux règles d'ordre public admises en Italie (art. 941, 942 C. pr. it.). En fait d'ailleurs, dans notre hypothèse, la difficulté ne s'est pas même présentée, et la seule question que la Cour de Milan ait eu à résoudre a été de savoir si le jugement déclaratif de faillite devait être revêtu de l'exequatur. A cet égard la législation italienne ne renfermant aucun texte différent des nôtres, nous ne saurions qu'approuver la solution affirmative qui a été adoptée.

Seulement, cette solution admise, les conséquences en sont encore plus difficiles à fixer d'après la législation italienne que d'après la législation française. Le Code civil italien, dans son article 8, décide, en effet, que les successions *ab intestat* ou testamentaires sont réglées par la loi de la nation à laquelle appartient le défunt, *quels que soient la nature des biens et le pays où ils se trouvent*. Dès lors, l'analogie que nous avons établie entre la matière de la faillite et celle des successions ne doit-elle pas nous conduire à penser que les immeubles, comme les meubles du failli, échappent au statut réel italien et rentrent dans la masse de la faillite étrangère? Pour notre part cependant, nous ne le croirions pas, car le législateur formule la règle de l'article 8 à titre d'exception au principe du statut réel, et ainsi que nous le rappelions il y a un instant, les exceptions ne s'étendent pas. Toutefois, il faut le reconnaître, le doute est des plus sérieux, et à ce point de vue, tout en faisant nos réserves sur les motifs invoqués, nous n'oserions pas trop sévèrement condamner la tendance qut pousse la jurisprudence italienne vers la théorie de l'universalité de la faillite[1].

RIPERT.

[1] C. de Naples, 4 mai 1868; Turin, Cass., 29 avril 1872.

Digitized by Google

DE LA PROPRIÉTÉ DES ÉGLISES ET DES MEUBLES QU'ELLES RENFERMENT.

Par M. G. Appert, docteur en droit.

La jurisprudence vient très-récemment, par deux décisions du tribunal d'Épernay (1er juin 1877) et du tribunal de la Seine (29 juin 1877), de trancher plusieurs questions relatives aux meubles contenus dans les églises. On serait mal venu à nier l'intérêt que présentent, pour les arts, ces décisions. Il n'est en France si petite chapelle qui ne renferme ou n'ait renfermé quelques statues, tableaux, missels, tapisseries, etc., d'une haute valeur, soit artistique, soit archéogique.

Par malheur, les conseils de fabrique, à la garde desquels ces trésors son confiés, ne peuvent tous posséder parmi leurs membres un artiste ou un archéologue. Souvent le budget est modique; la fabrique ne trouve, ni dans ses ressources, ni dans celles de la commune tenue de l'aider, les sommes désirées, et elle ne résiste pas à la tentation de sacrifier ce superflu dont elle méconnait la valeur, pour opérer une réparation ou acquérir un objet d'une utilité journalière. Et alors ces témoins d'un autre âge, ces débris curieux de l'art gothique vont enrichir, à bon marché généralement, le magasin d'un brocanteur, et bientôt la collection d'un antiquaire français ou étranger. La fréquence même des circulaires ministérielles, destinées à empêcher ces ventes malheureuses, indique que les avertissements sont infructueux [1]. C'est tout simple : mêmes situations doivent ramener mêmes effets [2].

[1] Voyez entre autres celles du 27 avril 1839, du 19 juillet 1844, du 25 août 1847, du 16 mars 1848, du 25 juillet 1848, etc.

[2] Nous empruntons quelques passages à une circulaire du 20 décembre 1834 qui montreront l'étendue du mal. « Des faits nombreux me donnent à connaître que dans une multitude de localités, des monuments entiers tirés des églises, ou des portions de décorations supprimées, sont abandonnées aux intempéries en forme de décombres, ou converties en moellons qu'on emploie dans les nouveaux travaux; que, d'autres fois, des amateurs adroits ou des spéculateurs obtiennent la cession de ces objets à vil prix ou par de

Digitized by Google

§ 1. Avant d'aborder la question de la propriété des meubles précieux, il nous faut préalablement résoudre une difficulté dont la solution domine toute la discussion. A qui appartiennent les églises? Nosdits meubles n'en sont, après tout, que les accessoires. Aussi bien la réponse que nous ferons importera-t-elle encore, par *à fortiori*, pour décider qui peut disposer des matériaux tels que verrières, chapiteaux, colonnes, etc.[1].

§ 2. Écartons d'abord les points incontestés. 1° Les cathédrales appartiennent à l'État; 2° quant à celles des églises paroissiales qui sont postérieures au concordat, le titre ou l'origine de la construction détermine la propriété.

Le débat se trouve donc limité aux églises paroissiales rendues au culte par le concordat.

§ 3. L'opinion de M. Affre, d'après laquelle les paroissiens seraient propriétaires, est aujourd'hui universellement abandonnée[2]. La paroisse, dont l'auteur paraît faire un intermédiaire entre la commune et la fabrique, n'a pas d'existence juridique. Il faudrait un texte pour consacrer sa personnalité, et il n'y en a pas. D'ailleurs, on chercherait en vain quels sont ses représentants en dehors des fabriciens et des conseillers municipaux. Bien plus : serait-elle personne morale, aucune loi ne lui attribue la propriété des églises.

§ 4. Tout le monde accepte pour point de départ le décret des 2-4 novembre 1789, lequel confisque au profit de

simples échanges contre une quantité équivalente de moellon neuf; que souvent des vitriers, par calcul ou par l'effet d'une ignorance secondée de celle des fabricants ou des autorités locales, remplaçant avec du verre blanc, sous le prétexte frivole de donner plus de jour à l'édifice, d'anciens vitraux peints qu'ils laissent ensuite dépérir ou dont ils tirent un profit illicite... Les anciennes boiseries des églises ne sont pas plus respectées. » Il faut avouer qu'au moins dans les grands centres on n'en est plus là aujourd'hui. Mais il s'en faut de beaucoup que les études archéologiques aient fait assez de progrès pour préserver nos vieux monuments. Si l'on n'en brise plus les débris pour en faire des moellons, on les vend à des prix dérisoires souvent. Le langage des circulaires les plus récentes prouve que le mal n'a pas disparu.

[1] Quant à l'aliénation de l'édifice religieux lui-même, elle ne peut avoir lieu qu'avec certaines autorisations déterminées. A ce point de vue donc la question de propriété est secondaire.

[2] Affre, *Traité des biens ecclésiastiques.*

Digitized by Google

l'État tous les biens ecclésiastiques, meubles et immeubles[1]. On peut le discuter comme mesure politique; en droit, il est incontestablement valable. Si donc aucune disposition législative n'a dépouillé l'Etat depuis lors, il est encore propriétaire des églises. Examinons donc les lois, décrets, règlements, etc., postérieurs à 1789 et les conséquences qu'on en tire.

§ 5. La pratique est fixée aujourd'hui[2] : les communes, dit-on, ont été rendues propriétaires par un décret du 11 prairial an III[3]. Il peut sembler téméraire et inutile de critiquer une doctrine qui n'est même plus discutée. Nous croyons, pour nous, qu'il n'est jamais inutile de signaler la vérité lorsqu'on croit l'apercevoir. Or, le décret du 11 prairial ne donne rien autre chose aux communes que l'*usage* des édifices religieux, et certains termes indiquent que l'État se réservait une sorte de droit éminent, en somme la propriété. Il faut, pour admettre un dessaisissement de propriété, des termes bien formels. Si ceux du décret de l'an III avaient eu cette force, il faudrait dire que les termes du Concordat ont eu pour effet de dessaisir les communes au profit des fabriques; car ils sont aussi larges en faveur de celles-ci. A dire vrai, si le décret de prai-

[1] Nous transcrirons à la lettre tous les textes invoqués dans le débat, pour ceux de nos lecteurs qui voudraient se faire une opinion propre sur la question. Ces textes sont difficiles à rassembler. Voici d'abord le décret précité :

« L'Assemblée nationale décrète : 1° que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation, à la charge de pourvoir d'une manière convenable aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres... »

[2] De Champeaux, *Droit civ. ecclés.*, II, p. 51. — Dalloz, *Répert. gén.*, au mot Culte, nos 480 et suiv. — Arrêt du Conseil d'État 22 déc. 1859. — Cass., 15 nov. 1853.— Agen, 28 févr. 1870.

[3] « Les citoyens des communes de la République auront provisoirement la libre usage des édifices non aliénés destinés originairement aux exercices d'un ou de plusieurs cultes et dont elles étaient en possession au premier jour de l'an II de la République. Ils pourront s'en servir sous la surveillance des autorités constituées, tant pour les assemblées ordonnées par la loi que pour l'exercice de leurs cultes.

Art. 2. « Ces édifices seront remis à l'usage desdits citoyens dans l'état où ils se trouvent, à la charge de les entretenir et réparer.

Art. 4. « Lorsque les citoyens de la même commune exerceront des cultes différents, ou prétendus tels, et qu'ils réclameront concurremment l'usage du même local, il leur sera commun. »

Digitized by Google

rial an III était seul, personne probablement n'y lirait une concession de propriété. On ne concevrait point, en effet, l'utilité des arrêtés du 7 nivôse[1] et du 2 pluviôse an VIII[2]. Lorsqu'on a une fois accordé la propriété, il n'est plus besoin de recommencer, surtout par une formule aussi peu précise : il en est tout autrement du simple usage conféré sans indication d'un terme extinctif. Mais, en l'an XIII, le Conseil d'État, saisi de la question, la trancha en faveur des communes, par un avis du 6 pluviôse[3]. C'est là certainement le texte qui a décidé la jurisprudence. En effet, d'après un règlement du 5 nivôse an VIII[4], reproduit par une loi du 16 septembre 1807, les avis du Conseil d'État, rendus sous l'Empire, ont force de lois. Mais pour cela il est nécessaire qu'ils aient été rendus obligatoires par l'insertion au *Bulletin des lois*. Il fallait avertir le public de leur existence, et le *Bulletin* avait seul qualité pour cela. Or, celui-ci n'y figure pas[5]. Par conséquent, et dans la rigueur des principes, il n'a que la valeur d'une décision de jurisprudence : c'est une autorité à invoquer, ce n'est plus une loi qui s'impose[6]. Nous ne mentionnons que pour mémoire l'article 92 du décret du

[1] « Les citoyens des communes qui étaient en possession, au premier jour de l'an II, d'édifices originairement destinés à l'exercice d'un culte, continueront à en *user* librement sous la surveillance des autorités constituées, pourvu que lesdits édifices n'aient point été aliénés jusqu'à présent. »

[2] « Les édifices remis par l'arrêté du 7 nivôse *à la disposition* des citoyens pour l'exercice des cultes, et qui, antérieurement à l'époque de cet arrêté, servaient à la célébration des cérémonies décadaires, continueront de servir à cette célébration, comme à celle des cérémonies des cultes. »

[3] « Le Conseil d'État, qui d'après le renvoi de S. M. l'Empereur, a entendu les rapports des sections de l'intérieur et des finances sur ceux des ministres de l'intérieur et des finances, tendant à faire décider par S. M. impériale la question de savoir si les communes sont devenues propriétaires des églises et presbytères qui leur ont été abandonnés en exécution de la loi du 18 germinal an X, est d'avis que lesdites églises et presbytères doivent être considérés comme propriétés communales. »

[4] Le Conseil d'État développe le sens des lois sur le renvoi qui lui est fait par les conseils des questions qui leur ont été présentées. »

[5] Voyez Duvergier, *Collection*, XV, p. 155.

[6] Il reste ainsi un certain nombre d'avis du Conseil d'État de l'époque impériale qui n'ont pas été insérés au *Bulletin des lois* et par lesquels cependant les tribunaux semblent se croire liés : jamais la doctrine, croyons-nous, ne leur a attribué cette force.

Digitized by Google

30 décembre 1809[1]. S'il impose aux communes la réparation des édifices destinés au culte, c'est simplement une charge de la concession d'usage qu'il leur accorde.

§ 6. La prétention des communes écartée, faut-il admettre celle des fabriques? L'article 2 du Concordat[2] et l'article 75 de la Convention du 26 messidor an IX[3] remettent les églises *à la disposition des évêques*. Nous avons peine à croire que le premier consul ait entendu trancher par là une question de propriété. Il n'entrait point dans ses vues d'accorder au pouvoir religieux au delà de ce qui était nécessaire au relèvement du culte. Selon nous, le Concordat remettait les églises à la disposition des évêques, comme les lois de l'époque intermédiaire les avaient remises à la disposition des communes, sans enlever à l'État son droit de propriété. L'arrêté du 2 pluviôse, plus haut cité, emploie les mêmes expressions pour les communes sans leur accorder cependant un droit nouveau : tout le monde en convient[4]. On invoque encore en ce sens un décret du 30 mai 1806[5], lequel déclare que les églises qui seront supprimées font partie des biens restitués aux fabriques.

Ce décret, dit-on, ne confère point par lui-même la pro-

[1] Voyez ce décret dans le Code Tripier, *Supplément*, au mot FABRIQUE.

[2] « Toutes les églises métropolitaines, cathédrales, paroissiales et autres non aliénées, nécessaires au culte, seront remises à la disposition des évêques. »

[3] « Les édifices anciennement destinés au culte catholique, actuellement *dans les mains de la nation*, à raison d'un édifice par cure et par succursale, seront mis à la disposition des évêques par arrêté du préfet du département. » Soit dit en passant, ces mots : « *dans les mains de la nation* » ne s'accordent guère avec le prétendu droit des communes.

[4] Il ne faut pas subtiliser sur le mot *disposition*. Sans doute, en droit civil, *disposer d'une chose*, c'est exercer sur elle les droits les plus larges. Mais il n'en est pas moins vrai que l'expression *mettre une chose à la disposition de quelqu'un* présente un tout autre sens. Jamais on n'oserait soutenir le contraire en interprétant un contrat.

[5] Art. 1er. « Les églises et presbytères qui, par suite de l'organisation ecclésiastique seront supprimés, font partie des biens restitués aux fabriques et seront réunis à celles des cures et succursales dans l'arrondissement desquelles ils seront situés. Ils pourront être échangés, loués ou aliénés au profit des églises et presbytères des chefs-lieux.

Art. 2. « Ces échanges ou aliénations n'auront lieu qu'en vertu des décrets de Sa Majesté. »

Digitized by Google

priété aux fabriques, mais il la suppose. Il nous semble le contraire. Si, en effet, les articles 12 et 75 du Concordat leur avaient donné la propriété de tous les édifices religieux, notre disposition serait parfaitement inutile. Loin donc d'appuyer l'argument qu'on tire du Concordat, elle le détruit. Si, d'autre part, on l'envisage isolément, elle ne statue que pour les églises qui seront supprimées[1]. Aux articles 1 et 46 de la loi du 30 décembre 1809, relatifs à l'entretien et à la conservation des temples, nous n'attachons pas plus de valeur que nous n'avons fait à l'article 92 en faveur des communes. Ils ne peuvent que prouver une fois de plus le droit que s'est réservé l'État.

§ 7. Si l'on admet que l'État ne s'est dessaisi de la propriété ni en faveur des communes ni en faveur des fabriques, il est impossible d'admettre une ocpropriété des fabriques et des communes. Tel est cependant le système défendu par M. Gaudry, lequel nous paraît avoir ici sacrifié la logique au désir de concilier des prétentions contraires[2]. La Cour suprême elle-même parut un moment incliner vers cette idée (Cass., 7 juill. 1840)[3]. Pour nous (et c'est là le résumé de notre doctrine), fabriques et communes ont un droit de jouissance *sui generis*, si l'on veut, — très-large et passablement onéreux. Mais le seul propriétaire, c'est l'État.

§ 8. Il n'en résulte pas qu'il puisse fermer les églises et les enlever au culte comme il lui plaît. L'article 12 du Concor-

[1] Un avis du Conseil d'État du 9 messidor an XIII, c'est-à-dire postérieur au Concordat, prouve encore mieux que ni les communes ni les fabriques ne sont propriétaires : « Le Conseil d'État qui, d'après le renvoi fait par le gouvernement, a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département relatif à la proposition, faite par le ministre des cultes, d'abandonner aux communes les églises et presbytères supprimés pour en affecter le produit à la réparation des églises et presbytères conservés ;... est d'avis qu'il vaut mieux se borner à des opérations partielles, et n'accorder les concessions sollicitées que sur la demande des préfets et évêques qui en demontreraient la nécessité et constateraient que les communes auxquelles elles seraient accordées n'ont point d'autres moyens de pourvoir à la réparation des églises et presbytères conservés. »

[2] Gaudry, *Législ. des cultes*, t. II, p. 509.

[3] « Il résulte des dispositions des lois précitées que la propriété absolue n'est *exclusivement* attribuée ni aux communes ni aux fabriques, et que les édifices consacrés au culte sont plus spécialement confiés à la surveillance des fabriques. »

Digitized by Google

dat, article organique, le lui défend. Cependant il s'en faut que la question soit purement théorique. Voici quelques-unes des conséquences qu'on pourrait en faire découler :

1° L'État seul a qualité pour intenier les actions pétitoires immobilières et y défendre [1].

2° Il peut, pourvu qu'il fournisse au culte un autre édifice convenable, disposer d'une église actuelle.

3° Si, par un événement quelconque, une partie de l'église vient à en être séparée, elle reste propriété de l'État, qui peut en faire ce que bon lui semble.

4° Enfin nous allons démontrer que l'État est, au même titre, propriétaire des meubles précieux rendus par le Concordat à leur affectation religieuse.

§ 9. Nous ne contesterons pas aux fabriques le droit de pleine propriété qu'elles revendiquent sur les meubles dont elles peuvent avoir fait l'acquisition [2]. Bornons notre étude à ceux qui ont été restitués aux églises après le Concordat. Qui en est propriétaire? Qui peut les aliénier et quelles formalités suivre pour ces aliénations?

Certes, pour ceux de ces meubles qui, fixés à chaux ou à plâtre au corps de l'édifice, pour les statues qui, placées en niche, font partie de l'église même et sont immeubles par destination, la solution est bien simple; ils appartiennent au propriétaire de l'église, et lui seul en peut permettre l'aliénation.

§ 10. Mais que dire des autres qui sont restés meubles? Une distinction doit être faite. Les fabriques, en effet, ont été chargées de veiller au service du culte, à l'entretien de l'église, par suite de renouveler les objets nécessaires aux cérémonies religieuses. Il est raisonnable de supposer que

[1] On oppose l'article 76 du Concordat : « Il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la *conservation* des temples, à l'administration des aumônes. » Il nous paraît laisser la difficulté entière. La question toutefois demanderait à être discutée tout au long. Mais il faudrait un texte formel pour déroger à notre principe.

[2] Ce n'est pas l'avis de tous. Il semble bien résulter des débats ouverts récemment devant le tribunal de la Seine que certains jurisconsultes ne leur accorderaient sur ces meubles qu'une sorte de quasi-usufruit. Car ils sont, dit-on, destinés à en remplacer d'autres attribués aux fabriques en usufruit seulement.

Digitized by Google

pour ces objets peu précieux et appelés à être remplacés de temps en temps, la loi leur a laissé une certaine latitude. Dans cette catégorie rentrent les chaises, les bancs, les tentures d'apparat, les vases, les chandeliers, etc. Mais ce n'est là qu'une concession gracieuse et tacite de l'État, imposée par les nécessités du service religieux, et limitée à la mesure de cette nécessité elle-même. Bref, les fabriques peuvent bien se considérer comme propriétaires « *des meubles fongibles* », mais non de ceux auxquels leur valeur artistique ou leur antiquité assigne une place à part. Quel est donc le propriétaire de ceux-ci?

§ 11. Le décret des 2-4 novembre 1789 les attribuait à l'État [1]. Or aucune loi spéciale ne l'en a dépouillé. Les textes mêmes sur lesquels on s'appuie pour lui enlever la propriété des édifices religieux sont muets sur ces meubles. Tout au plus pourrait-on soutenir qu'ils ont suivi, comme accessoires, le sort des églises. Mais peu nous importe : nous avons essayé de démontrer qu'à nos yeux, ni les communes, ni les fabriques n'étaient propriétaires de celles-ci. Par conséquent, nous reconnaissons à l'État sur ces meubles la même propriété que sur les églises elles-mêmes. Encore son droit n'est-il pas limité aussi étroitement par le Concordat.

§ 12. Toutefois, puisqu'une pratique constante fait des églises la propriété des communes, recherchons ce que, dans cette opinion, deviennent les meubles dont s'agit. Peut-être l'État pourrait-il encore en défendre l'aliénation aux communes et aux fabriques par le raisonnement suivant :

« Ces objets, dira-t-il, ont été placés dans l'église pour le service du culte à perpétuité. Attachés à l'édifice à perpétuelle demeure, ils sont devenus immeubles. Or l'article 62 de la loi du 30 décembre 1809 défend que « les biens immeubles de l'église soient vendus aliénés, échangés, sans une

[1] « Tous les *biens* ecclésiastiques sont à la *disposition* de la nation. » Au cas où ces mots ne paraîtraient pas assez formels, le décret des 13-14 brumaire an II ne laisse aucun doute,

Art. 1er. « Tout l'actif affecté à quelque titre que ce soit aux fabriques des églises cathédrales, particulières et succursales, ainsi qu'à l'acquit des fondations fait partie des propriétés nationales.

Art. 2. « Les meubles ou immeubles provenant de cet actif seront régis, administrés ou vendus comme les autres domaines ou meubles nationaux. »

Digitized by Google

délibération du conseil de fabrique, l'avis de l'évêque diocésain et l'autorisation du gouvernement. »

Si l'on objecte que les objets peuvent n'avoir pas été placés dans l'église par le propriétaire, condition exigée par l'article 524 du Code civil pour les rendre immeubles, l'État répondra : « Peu importe qui les avait placés primitivement dans l'église. J'en suis devenu seul propriétaire en 1789, comme je l'étais des églises. Lorsque l'usage de celles-ci a été conféré aux communes et aux fabriques, je les ai laissés pour le service du culte [1]. »

§ 13. Voyons maintenant comment la jurisprudence, dans les deux décisions précitées, a résolu le problème. Chacun des deux procès se trouvait compliqué de difficultés secondaires. Nous nous bornerons à les signaler sans discussion. Aussi bien les solutions qui en ont été fournies nous semblent exactes.

Dans l'espèce que jugeait le tribunal d'Épernay, la petite commune du B... possédait dans son église :

1° Une statue de la Vierge, mutilée dans quelques-unes des parties essentielles et paraissant remonter au XVIe siècle ;

2° Une pierre tombale, qui figurait, représenté en relief, un ancien chevalier armé de pied en cap, ex-seigneur de la commune, disait-on. Trouvée dans des fouillès, cette pierre avait été employée au dallage de l'église, puis remplacée et mise de côté par M. l'abbé C..., desservant de la commune. Deux amateurs s'offrirent et obtinrent, l'un pour 200 francs, le chevalier, l'autre pour 600 francs, la statue. Mais le conseil municipal averti s'émut et attaqua la vente devant le tribunal. La fabrique ne contestant pas que la commune fût propriétaire de l'église, une seule question préliminaire se posait : les deux objets n'étaient-ils pas attachés à perpétuelle demeure à l'édifice ? Pour la statue il était difficile d'en douter, car elle reposait sur un socle fixé à l'un

[1] Si l'on arrive ainsi à ôter aux fabriques et aux communes la libre disposition desdits objets, il s'en faut cependant que la question de propriété soit sans intérêt. Elle en présente, par exemple, au point de vue de l'exercice des actions, des droits d'aliénation qu'aurait l'État par sa seule volonté, des profits à tirer d'une vente, etc.

Digitized by Google

des piliers de l'église par maçonnerie [1]. Pour la pierre tombale, la question était plus douteuse : cependant le tribunal la trancha dans le même sens. Mais il est facile d'apercevoir, en lisant avec soin le jugement, qu'il fut guidé surtout par la considération que les deux objets avaient une valeur artistique, et c'est par là que sa décision nous intéresse. Il lui a semblé impossible que les fabriques eussent la libre disposition de tels objets, et il a annulé la vente.

« Attendu, dit-il, que si le mobilier ordinaire des églises doit, jusqu'à preuve contraire, être réputé appartenir aux fabriques, on ne saurait considérer comme faisant partie de ce mobilier les statues placées sur un socle établi pour les recevoir, non plus que les monuments (mausolées ou pierres tombales) édifiés dans les églises ou qui y sont engagés dans le sol ou dans les murailles; que ces statues et ces monuments rentrent évidemment dans la catégorie des immeubles par destination...; qu'on ne saurait non plus admettre que *les objets d'art qui ne sont pas en rapport avec le mobilier de l'église où ils se trouvent et avec les ressources de la fabrique doivent, à moins de preuve contraire, être réputés la propriété de la fabrique;* qu'on doit dans ce cas la considérer comme simple affectataire de ces objets dont la propriété est à l'État ou à la commune propriétaire de l'église ;

« Attendu en fait que la statue, qui paraît être du XVIe ou du XVIIe siècle, a été, à justes titre, considérée par les vendeurs et par l'acheteur comme une œuvre d'art;...

« Attendu, quant à la pierre tombale, que les sculptures dont elle est couverte, toutes tronquées et mutilées qu'elles soient, en faisaient une œuvre d'art; que c'est comme telle qu'elle a été achetée par X..., etc.;

« Déclare nulles et de nul effet les ventes faites par la fabrique. »

On voit que le tribunal a évité de décider entre l'État et la commune, se bornant à trancher la question de validité des ventes, objet du procès.

§ 14. Devant le tribunal de la Seine, il s'agissait d'anciennes tapisseries vendues par la fabrique de l'église Saint-Gervais-Saint-Protais. L'acheteur se retranchait derrière la

[1] En ce sens : Aubry et Rau, 4e édit., p. 19 ; Demolombe, IX, n° 312.

Digitized by Google

règle : possession vaut titre. Le tribunal l'a écartée par la raison que ces meubles faisaient partie du domaine public[1], partant étaient inaliénables et imprescriptibles. La fabrique, pour établir son droit, soutenait que ces tapisseries, depuis longtemps reléguées dans les greniers, avaient perdu leur affectation première et cessé par conséquent d'être inaliénables. Le tribunal a jugé que « si ces tapisseries avaient subi certaines altérations, elles étaient encore dans un état de conservation suffisant pour offrir un intérêt artistique. » Quant à la question de propriété, il l'a tranchée en faveur de la commune de Paris. Après avoir établi que les communes sont propriétaires des églises, il ajoute :

« Attendu que les objets mobiliers consacrés à l'exercice du culte ou se rattachant à des souvenirs religieux, qui ont été laissés dans les églises à l'époque ou l'État s'est dessaisi de la propriété de ces édifices au profit des communes, ont suivi le sort de l'édifice et sont devenus propriété communale ;

« Que tel est évidemment l'esprit des actes législatifs qui ont rendu les églises à leur destination, que cette conséquence d'ailleurs peut s'induire du texte même de l'article 2 du décret du 3 prairial an III, aux termes duquel les édifices sont remis à l'usage des citoyens « *dans l'état où ils se trouvent ;*

« Que l'État, qui était devenu propriétaire des objets mobiliers existant dans les églises, pouvait valablement en disposer en faveur des communes pour l'usage du culte ;

« Attendu qu'il résulte de cette situation légale que les fabriques ne peuvent en principe prétendre à un droit de propriété sur les objets mobiliers rendus au culte par l'État, que les communes seules avaient qualité pour les aliéner en se conformant aux lois ;

« Attendu toutefois qu'à cet égard une distinction est nécessaire ;

« Que pour ceux de ces objets susceptibles d'une détérioration plus ou moins prompte et d'ailleurs sans caractère particulier, la fabrique, par cela même qu'elle est chargée de

[1] Voy. Paris, 3 janv. 1846.

Digitized by Google

les entretenir, peut les remplacer dès qu'ils ne peuvent plus servir à leur destination, et, par suite, les aliéner.

« Mais qu'il en est autrement des objets mobiliers constituant des œuvres d'art, ayant à ce titre une individualité propre, laissés par l'État dans les églises et représentant souvent une valeur importante..... »

En somme, d'accord avec la jurisprudence sur ce point que ni les églises ni les meubles anciens qu'elles renferment n'appartiennent aux fabriques, nous croyons devoir trancher la question de propriété en faveur de l'État, tandis que la jurisprudence la résout en faveur des communes.

G. APPERT.

BIBLIOGRAPHIE.

PRATIQUE CRIMINELLE DES COURS ET TRIBUNAUX [1].

RÉSUMÉ DE LA JURISPRUDENCE SUR LES CODES D'INSTRUCTION CRIMINELLE ET PÉNAL.

Par M. Faustin Hélie, président honoraire à la Cour de cassation, membre de l'Institut.

Compte rendu par M. Ch. Testoud, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Sous le titre qui vient d'être transcrit, M. Faustin Hélie a condensé les résultats des études de toute sa vie. Le premier volume résume la jurisprudence qui s'est formée sur le Code d'instruction criminelle. Le second est consacré à l'interprétation du Code pénal.

Le savant auteur indique lui-même, dans les premières pages de son ouvrage, quel en est le caractère et quel but il s'est proposé en l'écrivant. Ce n'est pas un nouveau commentaire doctrinal et scientifique de nos lois pénales. « J'ai soigneusement, nous dit-il, éliminé toute dissertation : c'est le simple exposé de ce qui est aujourd'hui acquis à la pratique, le résumé des arrêts eux-mêmes. » On chercherait donc vainement, dans les deux nouveaux volumes, les notions

[1] 2 volumes, Paris. Marchal, Billard et Cᵉ, 1877.

Digitized by Google

historiques si importantes pour une étude scientifique du droit pénal. L'auteur en a également proscrit tous développements philosophiques sur le droit de punir, sur la légitimité des diverses peines, sur l'utilité et la moralité des moyens d'instruction que nos Codes autorisent. Ce n'est pas davantage un traité élémentaire destiné à la jeunesse des écoles, malgré la méthode parfaitement logique et fort simple qui a été suivie. M. Faustin Hélie a tenté une voie qui est en même temps ancienne et nouvelle. Il s'est proposé d'écrire ce qu'avant la Révolution, magistrats et avocats appelaient une pratique du droit criminel, c'est-à-dire un résumé net et court de toutes les solutions de la doctrine et de toutes les décisions de la jurisprudence. C'est ainsi qu'autrefois Jousse et Muyart de Vouglans, après leurs volumineux traités sur la *Législation criminelle*, avaient présenté l'ensemble de leur doctrine dans de courts abrégés qui étaient bientôt devenus familiers aux légistes. Les pratiques remplaçaient les longs traités et les recueils d'arrêts que l'on n'a plus le loisir de consulter dans la fièvre de l'audience. Elles servaient aussi à remettre en pleine lumière les principes qu'une longue discussion peut avoir obscurcis.

On dira peut-être que les Codes modernes annotés tiennent maintenant le lieu de ces « memento » de nos vieux praticiens. Mais à cela, M. Faustin Hélie répond en montrant l'infériorité des Codes annotés comme source de renseignements. D'une part, en effet, l'auteur des Codes annotés est condamné à suivre servilement l'ordre des articles; il ne peut pas rassembler les dispositions légales relatives à un même ordre d'idées pour en donner une explication d'ensemble et constituer une théorie avec des matériaux épars. D'un autre côté, ainsi que le fait remarquer avec juste raison M. Hélie, « les notices des décisions, quelque exactitude « que l'on y mette, sont nécessairement incomplètes; elles « indiquent la décision, mais non les motifs qui l'expliquent « et les faits qui la modifient et la restreignent. Elles ne peu- « vent énoncer ni les espèces si diverses, ni leurs nuances « si variées, ni les distinctions infinies et pourtant si graves « qui les séparent. Il est impossible de suivre l'autorité d'un « arrêt et d'en appliquer la règle sans avoir sous les yeux la « teneur de cet arrêt et le cas sur lequel il est intervenu. Un

Digitized by Google

« Code annoté n'est que la table distribuée sous ses articles « d'une collection d'arrêts; il n'a pour but que d'y renvoyer « et non de la suppléer. »

On ne peut que s'associer à des observations aussi justes, et les écrits de la nature de celui de M. Faustin Hélie présentent des avantages incontestables. Cependant il nous sera permis de dire que parfois ces pratiques, puisque c'est là leur nom traditionnel, tombent dans l'inconvénient des Codes annotés. N'y a-t-il pas un danger analogue à celui que l'on vient de nous signaler, à présenter, même dans un ordre méthodique et rigoureux, toutes les solutions que fournissent la jurisprudence et la doctrine, sans discussion des motifs et sans réfutation des opinions contraires? Il y a des questions vivantes, des controverses actuelles, à propos desquelles il serait peut-être bon de justifier les systèmes qui tendent à prévaloir. Du reste, les espèces que la pratique journalière présente ne sont presque jamais l'exacte reproduction de celles jugées par les arrêts. Il serait utile dès lors de connaître surtout la portée du principe qui fût appliqué et le raisonnement par lequel on arriva à la solution admise. Le savant magistrat a, du reste, aperçu l'écueil, et toutes les fois qu'il aborde une matière délicate et non encore complétement élucidée, il s'attache à bien mettre en lumière et les principes et leur portée pratique.

Le plan suivi dans ces deux volumes est celui du Code d'instruction criminelle et du Code pénal. L'ordre des articles n'a été que fort rarement interverti, et seulement lorsque les nécessités de l'exposition l'exigeaient impérieusement. Toutefois, chaque article n'est point l'objet d'un commentaire spécial et isolé. Tous ceux concernant la même théorie sont groupés et il est fait une exposition générale des principes qu'ils consacrent. A ce point de vue, l'ouvrage de M. Faustin Hélie est un modèle de clarté et de précision. Il est impossible de mieux résumer en quelques phrases la doctrine d'une suite innombrable d'arrêts. On peut citer particulièrement la partie du premier volume relative à la procédure devant le jury, et dans cette partie la théorie des questions a poser aux jurés. Il y a là, rassemblées en quelques pages, toutes les notions qu'il est indispensable d'avoir présentes à la mémoire, lorsque, soit comme magistrat, soit

Digitized by Google

comme avocat, on doit participer à une procédure engagée devant la Cour d'assise.

Aux articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, l'auteur a joint les lois récentes qui y ont apporté des modifications. C'est ainsi que le volume consacré à l'instruction criminelle contient un commentaire très-clair, bien que très-succinct, de la loi du 21 novembre 1872 sur le jury. Le second volume résume l'organisation de la surveillance de la haute police, d'après la loi du 23 janvier 1874, et il fait même connaître la jurisprudence qui s'est déjà formée sur cette loi. On pourrait regretter l'absence de détails sur la condition actuelle des déportés, et notamment sur les déchéances qu'ils encourent aux termes de la loi du 23 mars 1873. Il y a, en effet, dans cette loi, des dispositions intéressantes en ce qui touche les incapacités accessoires résultant de la déportation soit simple, soit aggravée. Mais l'auteur a pensé sans doute que cette étude était plutôt dans le domaine du droit civil que dans celui du droit criminel et que, de plus, elle n'était pas d'une utilité pratique immédiate. Les dispositions de la loi récente répressive de l'ivresse publique n'ont pas davantage, ce nous semble, arrêté l'attention du savant criminaliste.

En résumé, le nouveau traité est nécessaire à quiconque veut connaître, et connaître avec méthode et avec fruit, les innombrables monuments de jurisprudence, en matière criminelle, qui sont venus s'ajouter les uns aux autres depuis plus d'un demi-siècle. « Ce sont les notes que, pendant plus de vingt années, dit M. Faustin Hélie, ainsi que l'avaient fait mes savants devanciers MM. Barris, Busschup et Vincent Saint-Laurent, j'ai dû prendre aux audiences de la chambre criminelle pour suivre et retrouver sa jurisprudence sur toutes les matières que sa compétence embrasse. » C'est de ces notes que l'on nous fait aujourd'hui la divulgation rapide et fidèle. Il y avait sur ce point une lacune dans notre littérature juridique ; M. Faustin Hélie, après avoir pris une part si active aux travaux de la chambre criminelle, pouvait seul la remplir, et il lui appartenait de faire ce dernier effort pour l'avancement des études auxquelles il a consacré sa vie.

CH. TESTOUD.

Digitized by Google

PRÉCIS D'UN COURS DE DROIT CRIMINEL,

Par M. VILLEY, agrégé à la Faculté de droit de Caen[1].

Compte rendu par M. R. BLONDEL, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

M. Villey vient de publier (au mois de juillet) le dernier fascicule de cet ouvrage, et il lui a suffi d'un peu moins d'une année pour mener à bonne fin la tâche qu'il avait entreprise. Nous avons déjà, l'an dernier, rendu compte du premier fascicule[2]; il nous reste à parler de celui qui vient de paraître.

Rappelons en peu de mots le plan suivi par M. Villey, et qui consiste à réunir dans une même étude les notions de droit pénal et d'instruction criminelle. L'auteur, suivant une marche d'ailleurs très-logique, saisit l'infraction à son début, l'étudie en elle-même et dans tous ses éléments essentiels ou accidentels; puis il recherche à quels droits d'action donne naissance l'infraction ainsi déterminée, et il examine enfin comment ces droits d'action sont mis en mouvement et exercés jusqu'à l'application de la sanction pénale. De là une division toute naturelle de l'ouvrage en trois parties. Les deux premières (de l'infraction, des droits d'action qui naissent de l'infraction) ont fourni la matière du fascicule publié l'an dernier; la troisième a exigé à elle seule un développement égal à celui des deux autres : le fascicule qui vient de paraître lui est entièrement consacré.

Nous avons, à propos du premier fascicule, apprécié l'ouvrage à un point de vue général; il ne nous reste, pour ainsi dire, plus rien à ajouter, sinon que la dernière partie du *Précis d'un cours de droit criminel* répond aux promesses des deux premières. L'ensemble constitue un tout parfaitement homogène, où les idées se suivent et s'enchaînent avec une rigoureuse logique; on voit que l'auteur s'était entièrement rendu maître de son sujet avant d'en entreprendre le développement. M. Villey avait à parcourir, cette année, un champ très-vaste. Il lui fallait, pour terminer son œuvre, traiter de tout ce qui concerne la recherche des infractions,

[1] Paris, chez Durand et Pedone-Lauriel.
[2] Livraison de septembre 1876.

Digitized by Google

la poursuite et l'instruction, le jugement, les voies de recours. On se rappelle aussi que la troisième et dernière partie devait contenir toutes les notions relatives aux peines : classification, atténuation ou aggravation; exécution des peines; causes qui en préviennent ou en font cesser les effets [1].

Pour demeurer dans les limites qu'il s'était tracées, c'est-à-dire pour se borner « à un résumé à la fois succinct et complet [1] », il a fallu à M. Villey une connaissance aussi approfondie que sûre de notre droit criminel, grâce à laquelle il lui a été possible d'atteindre aux dernières limites de la concision sans cesser d'être clair. Toutefois, l'auteur a dû reléguer dans des notes substantielles un grand nombre de questions qui pouvaient, à la rigueur, ne pas prendre place dans le texte, mais que l'état de la jurisprudence et de la pratique ne permettait pas de passer sous silence. D'autres notes renvoient aux travaux les plus estimés de la doctrine et aux arrêts les plus récents, ce qui permet de suppléer sans peine aux développements que l'auteur n'a pu donner. Pourtant on est quelquefois tenté de regretter que M. Villey ait été obligé de se borner, et l'on sent qu'il a dû lui en coûter de sacrifier certains détails à la nécessité de conserver entre toutes les parties de son œuvre une exacte proportion. Ce dernier résultat a été pleinement obtenu. Aussi est-il difficile de signaler les points qui se détachent particulièrement d'un ensemble aussi homogène. Nous noterons cependant la partie relative à la poursuite et à l'instruction, où se trouvent réalisées au plus haut degré la clarté et la précision ; l'examen du rôle du jury et des difficultés qui s'élèvent sur la position des questions; un exposé rapide, mais très-net, de la récidive et de ses effets, enfin une courte mais substantielle étude du fonctionnement des juridictions militaire et maritime et de leur compétence. Peut-être faut-il regretter

[1] Bien que cet ordre soit la conséquence logique du plan général de l'ouvrage, il est certain qu'au premier aspect on éprouvera quelque surprise à ne rencontrer la théorie des peines qu'à la fin de la dernière partie. En cela, M. Villey s'écarte de la marche suivie par le Code et adoptée par presque tous les criminalistes; mais, grâce aux notions sur la classification des peines placées dans la partie historique, cette méthode nouvelle ne paraît pas entraîner de graves inconvénients pratiques.

[2] Voir la préface.

Digitized by Google

que les développements consacrés à l'autorité de la chose jugée en matière criminelle ne soient pas plus étendus. Sans doute cette dernière partie du livre est, comme les autres, fortement conçue, nettement et clairement écrite ; mais la concision y est quelque peu extrême, et nous doutons qu'à première lecture les esprits, non encore familiarisés avec ces matières délicates, puissent en pénétrer sans peine les principales difficultés.

En résumé, et pour traduire l'impression qui se dégage de la lecture du livre tout entier, nous devons dire que si M. Villey a voulu (comme il l'indique dans sa préface) s'adresser à la jeunesse de nos écoles, il est peut-être resté, sous ce rapport, en deçà du but qu'il s'était proposé. Ceci, hâtons-nous de le dire, n'est point une critique. A une époque où l'épidémie des manuels semble convier les jeunes gens à délaisser l'étude sérieuse et réfléchie pour des formules toutes faites s'adressant à la mémoire bien plus qu'au raisonnement, il y a quelque mérite à publier un ouvrage dont la lecture demandera une certaine attention, sollicitera l'esprit à la réflexion et à la recherche, et qui dès lors ne peut s'adresser à ceux qui n'ont d'étudiant que le nom. Parmi les élèves de nos écoles de droit, ceux qui aiment la science pour elle-même et chez qui le désir légitime de subir avec succès leurs examens est subordonné à l'ambition plus noble de s'instruire, ceux-là trouveront dans ce livre un instrument précieux de travail et d'étude qui les conduira par une route sûre à ce double résultat. Grâce à Dieu, cette catégorie d'étudiants est encore assez nombreuse pour fournir à M. Villey un contingent très-appréciable de disciples et procurer à son ouvrage le succès de bon aloi qu'il mérite. Mais ce n'est pas uniquement à cette classe de lecteurs que profitera l'œuvre nouvelle, et en cela l'auteur nous semble avoir atteint plus haut qu'il ne visait. Quiconque voudra, soit embrasser d'un coup d'œil l'ensemble de notre législation criminelle, soit rechercher les éléments des principales questions que la pratique offre chaque jour à l'attention de l'avocat et du jurisconsulte, trouvera dans cet ouvrage le germe des solutions les plus sérieuses et l'indication des meilleures sources auxquelles le développement pourra en être puisé. [R. BLONDEL.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE,

Par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

(*Suite*[1].)

I. Droit international public, privé et pénal.

646. Leçons d'ouverture des cours de droit international faits aux Universités de Turin et de Rome, de 1851 à 1872, avec un essai sur Machiavel, P. S. Mancini. Naples, 1873, Marghieri; 6 fr., XII-319 p. in-8°.

647. Cours de droit international public et privé, L. Casanova, 3e édit. avec introduction et notes par E. Brusa. Florence, 1876, Cammelli, 2 vol. CCCLXXVIII-202 ; 468 p. in-8°; 14 fr.

648. Traité de droil international moderne, avec traduction des Instructions des États-Unis à leurs armées en temps de guerre, Sandonà. Florence, Pellas, 2 vol. in-8°; 10 fr.

649. Traité sur le droit international public de paix, G. Carnazza-Amari, 2e édit. Milan, Maisner, 1875, 912 p. in-16.

650. Sytème de droit international moderne, P. Celli. Florence 1872, 226 p. in-8°.

651. Éléments de droit international moderne, Giov. Pertile. Padoue, Sacchetto, t. Ier, 1876; 6 fr.

652. Introduction à la science du droit international dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire, P. Morello. Palerme, 2 vol., 1868-1870.

653. Proposition d'un Code de droit international, 1re partie,. L. Farnese. Rome, 1873, XII-207 p. in-8°.

654. La réforme du droit des gens et l'institut du droit international de Gand, A. Pierantoni, préface de la traduction du Code de droit international de Dudley Field. Naples, 1874, 84 p. in-8°.

655. Histoire du droit international dans le XIXe siècle, A. Pierantoni. Naples, 1877, Marghieri, 668 p. in-16; 5 fr.

656. Droit diplomatique et juridiction internationale maritime, P. Esperson; t. II, 1re partie, des consulats. Milan, Brigola, 1874, 315 p. in-8°; 5 fr. (en appendice, réformes concernant l'administration de la justice dans les pays musulmans et spécialement en Égypte); 2e partie, juridiction internationale maritime. Milan, 1877, 281 p. in-8°; 5 fr.) (nationalité des navires; navires de guerre; territorialité des navires; piraterie et traite des nègres; délits militaires et

[1] V. la livraison d'Octobre-Novembre 1875, nos 10 et 11, p. 674.

Digitized by Google

communs; réfugiés; actes de l'état civil et testaments.) (V. *suprà*, n° 33.)

657. Les liens de l'alliance humaine, leçon d'ouverture du cours de diplomatie et d'histoire des traités inauguré à l'Université de Bologne, P. Ellero. Bologne, 1876, 19 p. in-8°.

658. Idée de la personne dans le droit international, L. Ravera. Turin, 1870, 107 p. in-8°.

659. Actes du premier congrès international maritime ouvert à Naples le 30 juin 1871, Betocchi. Naples, 1871.

660. L'arbitrage international moderne et le traité de Washington, Pierantoni. Naples, 1872, 127 p. in-8°.

661. De la confiscation pour contrebande de guerre, G. de Gioannis Gianquinto (en réponse à la 4e question posée par le programme du congrès international maritime de Naples de 1871). Lucques, 1872, Giusti, XXVI-617 p. in-8°.

662. Les fleuves et la convention internationale de Manheim, Pierantoni. Florence, 1870.

663. La Russie et le traité de Paris de 1856, P. Esperson. Florence, 1871.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN GÉNÉRAL.

664. Traité de droit civil international : Nic. Rocco, président de chambre à la Cour d'appel, professeur honoraire à l'Université de Naples, 3e édit. Livourne, Fabbreschi, 1869, CVIII-720 p. in-16.

665. Droit international privé, P. Fiore, 2e édit. Florence, Lemonnier, 1874, XII-644 p. in-16; 6 fr. 50. (Traduction française par Pradier-Fodéré. Paris, Pedone-Lauriel, 1875, in-8°; 10 fr.)

666. Cours de droit international privé, Buscemi. Messine, 1872, t. Ier.

667. Principes et règles du droit international privé, F. Milone. Naples, 1873, 101 p. in-8°.

668. Traité de droit civil international, G. Lomonaco. Naples, 1874, Marghieri, XX-302 p. in-8°; 5 fr.

669. Théorie du commerce international, Buzzetti. Milan, 1877.

670. Charles Brocher et l'école italienne de droit international privé, Olivi, *Arch. giur.*, XVII, 61-65.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : MATIÈRES ET QUESTIONS SPÉCIALES.

671. Actes étrangers (exécution des). V. *infrà*, n° 674 et 675.

672. Compétence des tribunaux italiens quant aux étrangers non résidants; l'article 14 du Code civil français et l'article 105, § 3, du Code de procédure civile italien; conclusions de l'avocat général

Digitized by Google

B. Paoli à la Cour de cassation de Florence, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 34.

673. Faillite (la) dans le droit international privé, P. Fiore. Pise, 1873, Nistri; 5 fr. (V. *suprà*, n° 32, notre compte rendu de l'ouvrage de M. Carle sur le même sujet [1]).

673 *bis*. — La faillite dans les rapports internationaux, Cam. Bertolini, *Monitore dei tribunali*, 1877, n° 2.

674. Jugements (Effets internationaux des) — et des actes, en matière civile, P. Fiore. Pise, Nistri, 1874; 5 fr.

675. — L'exécution des jugements et des actes des autorités étrangères suivant le Code de procédure italien, Vitt. de Rossi. Livourne, 1875, Vigo, 314 p. in-8°; 5 fr.

676. Lettre de change. Droit cambiaire international, P. Esperson. Florence, 1870, Pellas ; 2 fr. 50.

677. — La lettre de change et la loi française de sursis de 1870, Ces. Norsa. Milan, 1871, 189 p. in-8°; 1 fr. 50.

678. Mariage, divorce, séparation de corps, nationalité (à propos de l'affaire Beauffremont-Bibesco) Fil. Guelfi. Rome, 1876. — Mar. de Mauro. Catane, 1876, 12 p. in-8°, Lettre à M. de Holtzendorff. — C. F. Gabba, *Monitore dei trib.*, 1876, n° 45, p. 1131-1201. — Turazza, *Arch. giur.*, XVIII, 387-395; 459-468. (Tous se prononcent contre la validité du second mariage; dans le dernier article, est, en outre, combattue la doctrine exposée (à propos d'une autre affaire) par M. Reverchon, *Revue critique*, 1877, p. 65-83.)

DROIT PÉNAL INTERNATIONAL.

679. Des crimes et délits commis hors du territoire, G. Manfredini, *Arch. giur.*, X, 153-177; XIII, 389-426.

680. De la juridiction pénale relativement aux délits commis à l'étranger, P. Fiore. Pise, 1875, Nistri; 2 fr.

681. Effets internationaux des sentences pénales et traité de l'extradition, P. Fiore. Pise, Nistri, et Turin, Lœscher, 1877; 501, CLXXXVII p. in-8°; 10 fr. (En appendice, le texte des conventions d'extradition en vigueur entre l'Italie et les autres États.) (V. *suprà*, n° 30.)

J. Enregistrement.

682. *Le Massime*, journal de l'enregistrement et du notariat.

[1] Depuis les quelques lignes de compte rendu que nous en avons données dans la *Revue*, nous avons publié une traduction de l'ouvrage de M. Carle, avec notes et additions, et une analyse de la jurisprudence française. Paris, Marescq, 1875, 165 p. in-8°; 4 fr.

Digitized by Google

Florence, directeur Rattazzi ; 12 fr. par an. — (V. un autre périodique, *infrà*, n° 687, quant aux taxes sur les affaires.)

683. Traité élémentaire des taxes d'enregistrement, Aug. Gori, 3e édit. Florence, 320 p. in-8° ; 4 fr. 50.

684. Coup d'œil sur les taxes d'enregistrement et de timbre, V. Tango, *Arch. giur.*, XVII, 346-374.

685. Texte unique annoté et commenté de la loi sur les taxes d'enregistrement. Casal, 1876, Maffei ; 4 fr. 50.

K. Notariat.

686. *Monitore del notariato*, appendice complémentaire du *Giornale delle leggi* (V. *suprà*, nos 175-179), dirigé par B. Cassini. Gênes, tome Ier, en 1876 ; 2 livraisons par mois ; 10 fr. par an, 6 fr. par semestre ; avec le *Giornale*, 15 fr. [législation, jurisprudence, doctrine, formules].)

687. *Il notariato italiano*, recueil de législation, jurisprudence et doctrine concernant le notariat et les taxes sur les affaires qui regardent les notaires, dirigé par le notaire P. Moscatello. Palerme ; tome Ier, en 1877 ; une livraison par mois ; 10 fr. par an, 6 fr. par semestre.

688. *Giornale dei notai*, directeur Vinc. Conti. Naples ; une fois par mois ; 12 fr. par an.

689. Commentaire théorique et pratique de la loi notariale du 28 juillet 1875, Vinc. Conti. Naples, 1877, t. Ier ; 12 fr. Marghieri.

690. La nouvelle législation notariale italienne, P. Moscatello. Palerme, 1876, Amenta, XIII-240 p. in-8° ; 5 fr. 50. (Loi et règlement de 1875 annotés, tableaux, modèles d'actes.)

691. Répertoire et formules, S. Felli. Sienne, 1876, Mucci ; 3 fr.

692. Le notariat selon la nouvelle loi, C. Michelozzi. Florence, 1876, 3e édition, CVIII-540 p. in-8° ; 8 fr.

693. Vœux du congrès des notaires tenu à Rome, modifications à apporter à la loi du 28 juillet 1875. Rome, Cecchini, 1877.

L. Histoire du droit et des Universités ; biographie des jurisconsultes.

HISTOIRE DU DROIT EN GÉNÉRAL.

694. Histoire du droit, Pepere. Naples ; t. Ier, Orient, 1871, 1 vol. in-18 ; 4 fr. — T. II, Grèce, 1873, 656 p. in-18 ; 5 fr.

695. La paléographie dans ses rapports avec le droit, C. Lozzi, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 18.

696. Observations sur l'ouvrage de Laveleye (*La propriété et ses formes primitives*), Buzzetti, *Arch. giur.*, XVII, 77-87.

Digitized by Google

697. Sur l'histoire du droit judiciaire civil, Ach. Gennari. Milan, 1872; 3 fr.

HISTOIRE DU DROIT ITALIEN.

1) TEXTES.

698. *Fontes juris italici medii ævi*, in usum academicum collegit, prolegomena, glossarium addidit G. Padelletti, t. Ier (edicta regum ostrogothorum, edicta regum longobardorum, capitulare italicum, espositio ad librum legis Longobardorum. Turin, Loescher, 1877, 500 p. in-8°; 12 fr.

699. *Historiæ patriæ monumenta*, publiés par la *Deputazione di storia patria* de Turin. T. XVI; *Leges municipales* de Come, Novare, Milan, Verceil, Brescia et Bergame. Turin, 1877, Bocca, 2 vol. in-fol.; 70 fr.

700. Bibliographie statutaire et historique italienne, Manzoni. Bologne, 1876, Romagnoli. Tome Ier, 1re partie, lois municipales.

701. Collection complète des anciens Codes civils des États d'Italie. Turin, union typographique; 18 fr.

2) OUVRAGES GÉNÉRAUX.

702. Histoire du droit italien, depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la codification, par Ant. Pertile. Padoue, Salmin, en cours de publication; devra avoir 5 vol. in-8°. Tome Ier Droit public et sources, 1873, 364 p.; 5 fr. — Tome II à paraître. — Tome III, Droit privé : personnes et famille, 1871, 378 p. in-8°; 7 fr. 50. — Tome IV, Droit privé (suite) : successions, propriété, obligations, 1874, 662 p. in-8; 10 fr. — Tome V. Histoire du droit pénal, 1877 687 p. in-8°; 10 fr.

703. La législation de l'empereur Frédéric II, Alb. del Vecchio, Turin, Bocca, 1874, VII-254 p. in-8°; 5 fr.; et *Arch. giur.*, XVI, 336-349. (V. *suprà*, n° 39.)

3) MONOGRAPHIES.

704. La *vendetta* dans le droit lombard, P. del Giudice. Milan, 1876, Bernardoni.

705. La succession du conjoint dans l'histoire interne du droit italien, E. Galuppi. Rome, 1873; 2 fr.

HISTOIRE DU DROIT ALLEMAND.

706. Les *Cojuratores* dans le droit germanique, L. Morpurgo, *Arch. giur.*, XIII, 190-229.

Digitized by Google

HISTOIRE DES UNIVERSITÉS.

707. Université de Parme. Les statuts du collége des docteurs de Parme, d'après un manuscrit inédit de 1454, G. Pigozzi, *Arch. giur.*, IX, 200-213.

708. Université de Pérouse. Documents inédits de 1339, 1342 et 1457. G. Padelletti, *Arch. giur.*, V, 494-504; VI, 97-111; VIII, 135-154.

708 *bis*. — Documents pour l'histoire de l'Université de Pérouse, avec le tableau des professeurs à chaque quart de siècle, Aless. Rossi. Pérouse, 1876, Boncompagni, 1re livraison, des origines à 1325; Compte rendu, Padelletti, *Arch. giur.*, XVIII, 376-386.

709. Université de Pise. L'École romaniste de Pise ou des plus célèbres professeurs de droit romain à Pise, depuis l'origine, au IXe siècle, jusqu'en 1870, Buonamici. Pise, 1874; Nistri, 51 p. in-4°.

BIOGRAPHIE DES JURISCONSULTES.

710. Alciat à Bologne, de 1537 à 1541, Podestà, *Arch. giur.*, III, 347-355, 480-88; IV, 159-208; XI, 84-92.

711. Albéric Gentil, sa vie et ses œuvres, Aless. de Giorgi. Parme, Adorni, 1876. Compte rendu, *Arch. giur.*, XVIII, 297-300.

M. Droit naturel, philosophie du droit, philosophie sociale.

DROIT NATUREL, PHILOSOPHIE DU DROIT.

712. Cours de droit naturel et de philosophie du droit de Ahrens, traduit sur la 6e édition avec additions du traducteur, Alb. Marghieri. Naples, 1872, Marghieri, 2 vol. in-8°; 10 fr.

713. Examen du cours de droit naturel de Ahrens, avec une analyse des erreurs qu'il renferme en ce qui concerne la religion, A. de Giorgi. Padoue, Sacchetto; 10 fr.

714. Le droit naturel sur la base de la morale, de Trendelenburg; trad. de Nic. Modugno. Naples, 1873.

715. Observations critiques sur la théorie de Trendelenburg; Turazza, *Arch. giur.*, XIII, 357-371.

716. L'idée du droit naturel et positif dans l'histoire de la philosophie du droit, Filomusi Guelfi. Naples, 1874.

717. La philosophie du droit dans la pensée des jurisconsultes romains, L. Moriani. Florence, 1876, Ricci, 24 p. in-8°. (Mémoire de concours pour une chaire de droit romain à Sienne.)

718. Idée métaphysique du droit chez les jurisconsultes romains, Salza. Turin, 1875.

Digitized by Google

719. Cicéron et sa philosophie du droit, E. Cardona; *Circol. giur.*, VIII, 7-26, 80-89, 113-122.

720. Philosophie du droit public et privé, Mattirolo. Turin, 1871; 8 fr.

721. Philosophie du droit, partie générale, Gius. Carle. Turin, 1874; Bocca, VII-236 p. in-8°; 4 fr. (liv. Ier, introduction historique; liv. II, notion, limites, dénominations et importance pratique de la philosophie du droit; liv. III, la loi juridique et ses rapports avec la loi de l'ordre universel et avec les autres aspects de cette loi d'ordre universel; liv. IV, du droit considéré comme puissance appartenant à la personne humaine).

722. Philosophie et doctrines juridiques; M. Pescatore. Turin, 1874, Bocca; 500 p. in-8°; 8 fr.

723. Les principes fondamentaux des divers systèmes de philosophie du droit et la doctrine morale et juridique de Hegel, L. Miraglia. Naples, 1373, Giannini, 211 p. in-8°; 3 fr.

724. Introduction à la philosophie morale et au droit rationel, Catara Lettieri. Messine, 1872, 481 p. in-8°.

725. La philosophie du droit et la politique, sur les bases de l'évolution cosmique, L. Lucchini. Vérone, 1874, Dal Ben (partie génerale).

726. Introduction au système de la science théorique et pratique, Nic. Bortone. Rome, 1871; 6 fr.

727. Principes fondamentaux de la jurisprudence universelle, Nic. Melchiorre. Naples, 1873, de Angelis.

728. La philosophie du droit judiciaire pénal et civil, mise en rapport avec les lois en vigueur, P. Nocito. Sienne; 1867, 335 p. in-16; 5 fr.

729. Fondements de la philosophie du droit et spécialement du droit de punir, lettre de Mamiani et P. S. Mancini. Livourne, 1875, Vigo; 4 fr.

730. La moderne philosophie du droit et ses rapports avec le droit industriel, L. Miraglia. Naples, 1874, Morano, 80 p. in-18.

PHILOSOPHIE SOCIALE.

731. Essais de philosophie sociale; deux leçons d'ouverture du cours de philosophie du droit en 1873 et 1874 (le principe de responsabilité dans le droit, — les lois historiques et la liberté de l'homme), et proposition au ministre de l'instruction publique (Bonghi) sur la nécessité d'établir, dans les Universités italiennes, un enseignement de science ou philosophie sociale, Gius. Carle. Turin, 1875, Bocca, 78 p. in-8°; 2 fr. (V. *infra*, n° 739.)

Digitized by Google

732. La question sociale, P. Ellero. Bologne, 1874, Fava et Garagnani, 440 p. in-8°; 9 fr.

733. Des opinions de V. Gioberti sur l'économie politique et la question sociale, P. Sbarbaro. Bologne, 1874, Zanichelli.

733 *bis*. Nouvel examen de la question sociale, avec considérations sur le droit italien, Al. Malgarini. Milan, 1877. Compte rendu, *Arch. giur.*, XVIII, 577-582.

N. Enseignement du droit.

734. Le renouvellement des études juridiques, E. Sala. Modène, 1870; 4 fr.

735. Rapport au ministre de l'instruction publique (Coppino), fait au nom de la commission chargée d'étudier le règlement des Facultés de droit (avec des propositions de modification, rédigées en seize articles), *Arch. giur.*, XVIII, 38-66, Fr. Schupfer, rapporteur; le rapport est du 28 juillet 1876.

736. Programme, statuts et discours d'ouverture (prononcé le 12 avril 1877 par le prof. Sav. Scolari) d'un *séminaire historico-juridique* à l'Université de Pise, *Arch. giur.*, XVIII, 560-570. Ce séminaire est divisé en trois sections : l'une, pour les exercices exégétiques sur le *corpus juris civilis*; l'autre, pour l'histoire du droit ancien; la troisième, pour l'histoire des droits du moyen âge; il est ouvert aux étudiants de la Faculté de droit de Pise et aux docteurs en droit (*laureati*) de toute autre Université, pourvu qu'ils ne soient pas reçus docteurs depuis plus de quatre ans.

737. De l'école de jurisprudence à Florence et formation d'une classe dirigeante en Italie, Lucchini. Asti, 1871.

738. Le doctorat en droit et les *alunnati* (écoles spéciales pour les carrières administratives et judiciaires); regret de la suppression de celles qui existaient à Naples; nécessité de la distinction des études administratives et des études juridiques, et du rétablissement d'écoles pratiques d'administration, L. Miraglia. Naples, 1873, Giannini, 22 p. in-8°.

739. Proposition d'établir dans les Universités italiennes un enseignement de la science ou philosophie sociale, Gius. Carle. Turin, Bocca, 1875. (V. *suprà*, n° 731.)—Observations sur cette proposition, *Arch. giur.* XIV, 592-595.

739 *bis*. Législation scolaire comparée; l'action de l'État en ce qui concerne l'instruction publique. Le règlement universitaire italien comparé à celui des principales Universités allemandes. Enseignement pédagogique supérieur en Allemagne, France, Belgique et Italie, L. Palma et L. Ferri. Florence, Santoni, 1875, 360 p. in-18; 3 fr.

Digitized by Google

740. Méthode d'enseignement des sciences juridiques et économiques dans les instituts techniques, G. S. del Vecchio. Milan, 1875, imp. lombarde.

O. Législations étrangères.

741. Législation allemande. Code pénal allemand de 1870, traduit par Gualtierotti et Feroci, avec notes des professeurs Ellero et Carrara. Turin, Bocca, 1874; 3 fr. 50.

741 *bis*. — Code de procédure pénale pour l'Empire d'Allemagne, du 1er février 1877, trad. ital. *Rivista penale*, VI, 1877, 346-358, 467-482 (§§ 1-195).

742. — La loi allemande (de juillet 1874) sur la presse; Nani, *Arch. giur.*, XIII, 352-6.

743. — Les réformes administratives en Prusse; l'organisation des cercles selon la loi de 1872, C. Ferraris, *Arch. giur.*, XI, 282-313.

744. — Traité du droit général de change allemand, de Renaud, traduction italienne sur la 3e édit. allem. par Em. Bianchi, avec préface et appendice relatif au projet préliminaire de Code de commerce italien. Pise, 1874, Nistri, XIX-460 p. in-8°; 9 fr.

745. — Traité de droit commercial de Thöl, traduction italienne, Alb. Marghieri. Naples, 1876, Marghieri; en cours, a paru le t. II, droit cambiaire, augmenté de notes et de comparaisons avec le Code actuel de commerce italien et le projet préliminaire de réforme; 10 fr.

746. — Étude sur la législation des chemins de fer (en Suisse) et en Allemagne, Nani, *Arch. giur.*, XIV, 297-318.

747. — Les jurés et les échevins en Allemagne, C. Ferraris, *Arch. giur.*, XI, 93-97.

748. Législation anglaise. Brève analyse de la Constitution anglaise, Ricotti. Turin, 7 fr. 50.

749. — Principes du droit de propriété réelle, de Joshua Williams, traduits sur la 9e édit. anglaise, avec notes, par G. Franco et G. Canegallo. Florence, Pellas, 1877, 400 p. in-8°.

750. — L'administration locale en Angleterre, Écosse et Irlande, Di Bernardo. Palerme, 1877, 500 p. in-8°; 4 fr., Olivero.

751. Législation arabe, ottomane et musulmane. Introduction générale à l'histoire du droit et de la civilisation des Arabes et des Ottomans depuis les temps antéislamiques jusqu'à nos jours, Franc. de Marchi. Rome, 1877, Bocca.

752. — Des contrats *do ut des* [1] selon le droit ottoman, ouvrage

[1] Ces expressions ont un sens très-différent de celui qui leur est donné en droit romain; outre l'échange, elles désignent la vente, le change, les transactions, le louage, le prêt et le contrat de mariage.

Digitized by Google

hollandais de Van den Berg, traduction italienne avec notes et essai sur l'histoire externe du droit musulman, Dom Gatteschi. Alexandrie d'Égypte, 1877. — Compte rendu, Landucci, *Arch. giur.*, XVIII, 469-478.

753. Législation autrichienne. Le projet de Code pénal autrichien, présenté à la Chambre des députés par le ministre de la justice (Glaser), traduit en italien, *Gazzetta dei tribunali*, de Trieste.

754. — Profils du projet de nouveau Code pénal autrichien, Bas. Giannella. Trieste, 1877.

755. — Revue de la législation autrichienne, Venturi, *Arch. giur.*, XIII, 338-351.

756. — Administration pratique de la justice en Autriche, X, *Arch. giur.*, XV, 364-369.

757. — Le droit des enfants illégitimes, nés ou conçus, selon le Code autrichien, Salom, *Arch. giur.*, XVI, 586-597.

758. — La légitimation par mariage subséquent en droit autrichien, Salom, *Arch. giur.*, XVII, 156-163.

759. — Manuel de procédure pénale de C. A. Weiske, traduit en italien par Zei et Benelli, avec introduction du profess. Carrera, et addition du nouveau Code d'instruction criminelle autrichien de 1873. Florence, Cammelli, 1874.

760. Législation belge. Principes généraux du droit pénal belge, de Haus, trad. ital. Feo. Naples, Marghieri, 2 vol. in-8°; 27 fr. 50.

760 *bis*. Législation grecque. Code pénal du 18 décembre 1833 et loi du 23 novembre 1837 sur les offenses et sur la presse, trad. ital. par Calogéropoulos, *Rivista penale*, V, 1876, 227-243, 352-364.

761. Législation portugaise. Notes critiques sur le projet de Code pénal portugais, P. Ellero (dans ses *Opuscoli criminali*, p. 396-440. (V. *suprà*, n° 536.)

762. Législation suisse. Chemins de fer. (V. *suprà*, n° 746.)

763. — Études comparatives des législations civiles des divers cantons de la Suisse, Serafini, *Arch. giur.*, XII, 418-424.

764. — Code pénal de Zurich du 1er février 1871, traduit et annoté, E. Brusa et F. Carrara. Venise, 1873, 153-CXII p. in-8°; 3 fr.

764 *bis*. Code pénal du Tessin du 23 janvier 1873, *Rivista penale*, VI, 192-219, 329-345; VII, 86-102 (art. 1-352).

---

764 *ter*. Sur le droit criminel des divers pays, de nombreux articles sont publiés dans la *Rivista penale* et dans la *Rivista di disciplina carcerarie*. (V. *suprà*, nos 532 et 533.)

Digitized by Google

P. Économie politique et statistique.

PÉRIODIQUES SPÉCIAUX.

765. L'*Economista*, organe de la Société Adam Smith. Florence, 2e année en 1876; par semaine, sur le modèle de l'*Economist* anglais et de l'*Économiste* français; 35 fr. par an.

765 *bis*. *Giornale degli economisti*, publié par la Société d'encouragement de Padoue, une livraison de 80 p. par mois; 15 fr. par an. Troisième année en 1877.

COLLECTIONS.

766. Bibliothèque de l'économiste, recueil des principaux ouvrages modernes italiens et étrangers d'économie politique, dirigé par le prof. Ger. Boccardo. 3e série. Turin, union typographique. (La 1re et la 2e série, collection Ferrara.) Tome Ier : Introduction générale, Boccardo; traduction des traités de Walter sur la science des richesses, et de Roscher sur l'agriculture et les matières premières. En cours de publication les t. II, III et IV; t. II, Boccardo, application des méthodes quantitatives à l'économie politique et aux sciences sociales; Whewel, exposition mathématique de quelques doctrines d'économie politique; Cournot, recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses; Stanley Jevons, théorie de l'économie politique; Quetelet, physique sociale et anthropométrie. Tome III, Mac Leod, les principes de l'économie politique. Tome IV, Cairnes, principes fondamentaux d'économie politique.

TRAITÉS GÉNÉRAUX ET HISTOIRE DE L'ÉCONOMIE POLITIQUE.

767. Traité théorique et pratique d'économie politique, Boccardo. Turin, 4e édit., 3 vol.

768. Éléments d'économie politique, Montanari. Padoue, Sacchetto, 3e édit, 1872; 5 fr.

769. Premiers éléments d'économie politique, L. Cossa. Milan, Hoepli, 2e édit., 1877, avec blibliographie des ouvrages italiens et étrangers.

770. Guide pour l'étude de l'économie politique, L. Cossa. Milan, 1876, VIII-271 p. in-8°.

771. Principes d'économie politique à l'usage des instituts industriels, Nazzani. Forli, 1873, 1 vol in-12. Compte rendu *Arch. giur.*, XII, 101-113.

772. Principes d'économie politique, G. E. Garelli. Turin, 1875, Loescher; 10 fr.

773. Économie des peuples et des États, Fed. Lampertico, séna-

Digitized by Google

teur. Milan, 1874-75. Tome Ier, introduction; tome II, le travail. Compte rendu, Ricca Salerno, *Arch. giur.*, XIV, 578-589.

774. Traité d'économie sociale, Franc. d'Ippoliti. Naples, 1877, 900 p. in-8°; 6 fr.

775. Les nouvelles institutions économiques de l'Italie dans le XIXe siècle, Alb. Errera. Milan, 1874, Treves, 368 p. in-18; 3 fr. (Industries, institutions ouvrières, institutions commerciales, nouvelles formes d'assurances, magasins généraux, ports francs.)

776. Le premier congrès des économistes italiens à Milan, de Kiriaki. Venise, 1875.

777. L'ancienne école italienne d'économie politique au moyen âge, Cusumano. Palerme, 1869.

778. Les premières chaires d'économies politique en Italie et la théorie du libre échange, L. Cossa. Milan, 1873.

779. L'économie politique au moyen âge, Cusumano. Palerme, 1874; puis, *Arch. giur.*, XVI, 321-335, 444-482, 598-619.

780. Condition actuelle des études économiques en Allemagne, Cusumano, *Arch. giur.*, XI, 113-137, 240-265, 395-420; XII, 284-317.

781. Les écoles économiques de l'Allemagne relativement à la question sociale, Cusumano. Naples, 1875, Marghieri; 5 fr. 50.

782. Le second congrès des économistes allemands à Eisenach; Cusumano, *Arch. giur.*, XIII, 69-71. (V. *suprà*, n° 138.)

783. La politique sociale dans la science économique; critique de l'ouvrage d'Adolphe Wagner. Ricca-Salerno, *Arch. giur.*, XIX, 33-73.

784. L'économie politique comparée avec la politique sociale et la sociologie; Marescotti. Florence, 1876.

785. L'économie politique d'Adam Smith, Ricca-Salerno, *Arch. giur.*, XVII, 301-320.

786. Des idées de Smith sur la liberté économique, Martello. Venise, 1877; 160 p. in-8°.

787. La philosophie positive et les derniers économistes anglais, Schiattarella. Milan, 1876, Hœpli.

MATIÈRES SPÉCIALES.

788. Banques. Liberté du change et des banques, Salv. Buscemi. Palerme, 1870.

789. — *Rapport* sur la circulation du papier présenté par les ministres des finances (Minghetti) et du commerce (Finali) et, en annexe, *Exposé historique* des vicissitudes et des effets du cours forcé en Italie, par Al. Romanelli. Rome, 1875.

790. — Notice sur l'organisation des banques et sur le cours forcé

Digitized by Google

aux États-Unis, en Russie, en Autriche-Hongrie et en France, publication du ministère du commerce; 1re partie, États-Unis et Russie, par C. Fiorilli. Rome, 1876. Compte rendu, *Arch. giur.*, XVI, 262-4.

791. Émigration italienne en Amérique comparée avec les autres émigrations européennes, Florenzano. Naples, 1874, Giannini.

792. — L'émigration et ses lois, Ellena. Rome, 1876.

793. Grains. La théorie du commerce des grains en Italie, Cusumano, *Arch. giur.*, XVIII, 501-535; XIX, 74-121.

794. Salaires et classes ouvrières en Italie, Garelli. Turin, 1874.

795. — Salaires et institutions qui doivent le modifier, Lo-Savio. Milan, 1874, Brignola.

796. Sociétés de secours mutuels et coopératives (histoire des) dans les provinces de l'Émilie, Ar. Ravà. Bologne, 1873, Zanichelli; 6 fr. (V. *suprà*, nos 429 et 430.)

797. Valeur. Analyse de l'idée de valeur; Seletti, *Arch. giur.*, XII, 48-64.

STATISTIQUE.

798. La statistique théorique en général et Melchior Gioia en particulier, Fed. Lampertico. Venise, 1870.

799. La statistique et ses méthodes, Messedaglia. Rome, 1873.

800. La statistique et les sciences sociales, Morpurgo. Florence, 1870, 430 p. in-8°.

801. La statistique et le libre arbitre; Seletti, *Arch. giur.*, XI, 335-354.

E. DUBOIS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages.

Quel est le sens juridique du mot *faculté* dans l'article 2232 du Code civil? par *M. Gautier*. 49

Des effets de la naturalisation du mari sur la situation de la femme et de l'application du décret du 26 août 1811, par *M. Reverchon*. 65

De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux. Ancien droit français et Code civil, par *M. A. Esmein*. 83

Legs à un établissement non reconnu au décès du testateur, par *M. Alfred Gautier*. 145

Les intérêts capitalisés dans les conventions et leur collocation dans les ordres, par *M. Henri Pascaud*. 336

Les droits du conjoint survivant, d'après un nouveau projet de loi, par *M. Léopold Thézard*. 389

Quel est l'effet de l'hypothèque judiciaire relativement à un immeuble déjà aliéné lorsqu'elle prend naissance, et en supposant l'aliénation non encore transcrite au moment de l'inscription, par *M. E. Binet*. 433

Quelques mots sur l'ameublissement, par *M. Haumont*. 492

Héritier ou cessionnaire français d'un étranger. — Compétence, par *M. Ch. Testoud*. 609

De l'action directe du mandant contre le mandataire substitué, par *M. Drujon*. 628

PROCÉDURE CIVILE.

De l'effet de la prise à partie sur les décisions judiciaires, par *M. Albert Desjardins*. 615

DROIT COMMERCIAL.

Étude sur les articles 446 et 447 du Code de commerce au titre des Faillites, par *M. Paradan*. 281

Hypothèque maritime, par *M. Massigli*. 350

De l'assurance maritime, stipulée par le créancier de l'armateur ou de l'affréteur, par *M. A. Droz*. 369

Questions pratiques en matière d'abordage maritime, par *M. Deloynes*. 581, 638

Quelques questions sur la faillite dans le droit international privé, par *M. Ripert*. 705

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

Pages.
L'École pénale italienne et ses principes fondamentaux, par *M. Ch. Lucas*. 40
Conseil supérieur des prisons. — Ouverture, durée et clôture des travaux de sa première session de 1877, compte rendu par *M. Bujon*. 213
Étude sur une question de droit, à propos de l'arrêt qui a terminé l'affaire Villemot contre Cival (commissions mixtes), par M. *Coulon*. 225
Rapport verbal à l'Académie des sciences morales et politiques sur la durée de l'isolement dans les prisons, par *M. Ch. Lucas*. 385
La loi des 5-16 juin 1875 sur le régime des prisons départementales, par *M. R. Garraud*. 476
Fondation de la société générale des prisons, son premier Bulletin et ses premiers travaux, par *M. P. Bujon*. 658

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Allumettes chimiques. — Fabriques non autorisées. — Droit à l'expropriation, par *M. H. Lespinasse*. 1
Compétence administrative. — Appréciation de marchandises prétendues cédées à l'État, par *M. H. Lespinasse*. 7
De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870, par *M. Paul Bertrand* (2e partie). . 12, 441
État actuel de la législation de l'Algérie, par *M. Jeanvrot* (suite). 108, 151
A propos de quelques réformes judiciaires (1875-1876), par *M.* ***. . 164
Attributions consultatives des conseils de préfecture. — Arrêtés du préfet en conseil de préfecture, par *M. Chassinat*. 202
De la réorganisation des tribunaux de première instance, par *M. Robinet de Cléry*. 242
Légion d'honneur et médaille militaire, par *M. Le Vavasseur de Précourt*. 305
Du régime légal des tramways, par *M. H. Barckhausen*. 325
Des dommages causés par la guerre. — Des cas et des conditions dans lesquels ils donnent droit à indemnité. — Questions de compétence, par *M. Ferdinand Roze*. 513
De la propriété des églises et des meubles qu'elles renferment, par *M. G. Appert*. 737

DROIT DES GENS.

Le droit de la guerre, d'après les résolutions du Congrès de Bruxelles, par *M. Migneret*. 533

BIBLIOGRAPHIE.

Du droit de marque ou droit de représailles au moyen âge, par *M. René de Mas-Latrie*; compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. . 56
Principe rationnel de la règle catonienne, en droit romain et en droit français, par *M. Massol*; compte rendu par *M. G. Humbert*. . . . 59

Digitized by Google

Pages.

Cours de droit maritime, par *M. Cresp;* annoté et complété par *M. Aug. Laurin;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen.* 138

La Constitution ottomane du 7 zilhidjé 1293 (23 décembre 1876). Expliquée et annotée par *M. A. Ubicini;* compte rendu par *M. P. Beauregard.* 365

Conférences sur l'administration et le droit administratif (t. III), par *M. Léon Aucoc;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen.* 415

L'hypothèque maritime au point de vue théorique et pratique, par *M. E. Mallet;* compte rendu par *M. F. L. de Valroger.* 423

Du fondement de la protection possessoire, par *M. Ihering;* traduction de *M. de Meulenaere;* compte rendu par *M. Hanoteau.* . . . 427

Traité de la législation et de l'administration de la voirie urbaine, par *M. Alfred des Cilleuls;* compte rendu par *M. A. Silvy.* 504

De la nécessité de reviser nos Codes et de codifier nos lois administratives, par *M. Paul Flandin;* compte rendu par *M. L. Renault.* . 507

Un projet de loi sur les sociétés, par *M. A. Vavasseur;* compte rendu par *M. L. Renault.* 509

Traité de droit français privé et public, par *M. A. Moullard;* compte rendu par *M. E. Dramard.* 596

De l'organisation communale et municipale en Europe, aux États-Unis et en France, par *M. H. Pascaud;* compte rendu par *M. Debacq.* 603

Bibliographie juridique italienne, par *M. Ernest Dubois.* 674, 740

Pratique criminelle des cours et tribunaux, par *M. Faustin Hélie;* compte rendu par *M. Ch. Testoud.* 748

Précis d'un cours de droit criminel, par *M. Villey;* compte rendu par *M. R. Blondel.* 752

NÉCROLOGIE.

Denis Serrigny, par *M. Bufnoir.* 755

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages.
APPERT	De la propriété des églises et des meubles qu'elles renferment	737
BARCKHAUSEN	Du régime légal des tramways	325
BEAUREGARD	La Constitution ottomane du 7 zilhidjé 1293 (23 décembre 1876), par *M. A. Ubicini*	365
BERNARD	De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870 (2e partie)	12, 441
BINET	Quel est l'effet de l'hypothèque judiciaire relativement à un immeuble déjà aliéné lorsqu'elle prend naissance, et en supposant l'aliénation non encore transcrite au moment de l'inscription?	433
BLONDEL	Précis d'un cours de droit criminel, par *M. Villey*	752
BUFNOIR	Denis Serrigny	132
BUJON	Conseil supérieur des prisons. Ouverture, durée et clôture des travaux de sa première session de 1877	213
—	Fondation de la société generale des prisons, son premier Bulletin et ses premiers travaux	658
CHASSINAT	Attributions consultatives des conseils de préfecture	202
COULON	Étude sur une question de droit, à propos de l'arrêt qui a terminé l'affaire Villemot contre Cival (commission mixte)	225
DEBACQ	De l'organisation communale et municipale en Europe, aux États-Unis et en France, par *M. H. Pascaud*	603
DELOYNES	Questions pratiques en matière d'abordage maritime	581, 638
DESJARDINS	De l'effet de la prise à partie sur les décisions judiciaires	615
DE VALROGER	L'hypothèque maritime au point de vue théorique et pratique, par *M. E. Mallet*	423
DRAMARD	Traité de droit français privé et public, par *M. A. Moullard*	596
DROZ	De l'assurance maritime stipulée par le créancier de l'armateur ou de l'affréteur	369
DRUJON	De l'action directe du mandant contre le mandataire substitué	628
DUBOIS	Bibliographie juridique italienne	674, 755
ESMEIN	De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux	83
GARRAUD	La loi des 5-16 juin 1875 sur le régime des prisons départementales	476
GAUTIER	Quel est le sens juridique du mot *faculté?*	49
—	Legs à un établissement non reconnu au décès du testateur	145

Digitized by Google

MM. Pages.

HANOTEAU. . . . . Du fondement de la protection possessoire, par *M. Ihering*; traduction de *M. de Meulenaere.* 427
HAUMONT. . . . . Quelques mots sur l'ameublissement. 492
HUMBERT. . . . . Principe rationnel de la règle catonienne, en droit romain et en droit français, par *M. Massol*. 59
JEANVROT. . . . . État actuel de la législation de l'Algérie. 108, 151
LESPINASSE. . . . . Allumettes chimiques. — Fabriques non autorisées. — Droit à l'expropriation. 1
— Compétence administrative. — Appréciation de marchandises prétendues cédées à l'État. 7
LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT. Légion d'honneur et médaille militaire. . 305
LUCAS. . . . . L'école pénale italienne et ses principes fondamentaux. 40
— Rapport verbal à l'Académie des sciences morales et politiques sur la durée de l'isolement dans les prisons. 385
LYON-CAEN. . . . . Du droit de marque ou droit de représailles au moyen âge, par *M. René de Mas-Latrie.* 56
— Cours de droit maritime, par *M. Cresp.* . . . 138
— Conférences sur l'administration et le droit administratif (t. III), par *M. Léon Aucoc.* . 415
MASSIGLI. . . . . Hypothèque maritime. 350
MIGNERET. . . . . Le droit de la guerre, d'après les résolutions du Congrès de Bruxelles. 533
PARADAN. . . . . Étude sur les articles 446 et 447 du Code de commerce au titre des Faillites. 281
PASCAUD. . . . . Les intérêts capitalisés dans les conventions et leur collocation dans les ordres. 336
P*** . . . . . A propos de quelques réformes judiciaires (1875-1876). 164
RENAULT. . . . . De la nécessité de reviser nos Codes et de codifier nos lois administratives, par *M. Flandin.* 507
— Un projet de loi sur les sociétés, par *M. Vavasseur*. 509
REVERCHON. . . . . Des effets de la naturalisation du mari sur la situation de la femme et de l'application du décret du 26 août 1811. 65
RIPERT. . . . . Quelques questions sur la faillite dans le droit international privé. 705
ROBINET DE CLÉRY. . . De la réorganisation des tribunaux de première instance. 342
ROZE. . . . . Des dommages causés par la guerre.— Des cas et des conditions dans lesquels ils donnent droit à indemnité.— Questions de compétence. 513
SILVY. . . . . Traité de la législation et de l'administration de la voirie urbaine, par *M. des Cilleuls.* 504
TESTOUD. . . . . Héritier ou cessionnaire français d'un étranger. — Compétence. 609
— Pratique criminelle des cours et tribunaux, par *M. Faustin Hélie*. 748
THÉZARD. . . . . Les droits du conjoint survivant, d'après un nouveau projet de loi. 379

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google